



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ UENP
CAMPUS JACAREZINHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

EVERSON APARECIDO CONTELLI

**ACESSO À JUSTIÇA CRIMINAL E OS NÚCLEOS ESPECIAIS
CRIMINAIS COMO ALTERNATIVA CONSENSUAL, RESTAURATIVA
E DIALÓGICA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL**

JACAREZINHO
2016



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ UENP
CAMPUS JACAREZINHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

EVERSON APARECIDO CONTELLI

**ACESSO À JUSTIÇA CRIMINAL E OS NÚCLEOS ESPECIAIS
CRIMINAIS COMO ALTERNATIVA CONSENSUAL, RESTAURATIVA
E DIALÓGICA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL**

Dissertação apresentado ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça e Exclusão), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Jacarezinho-PR, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito

Candidato: Everson Aparecido Contelli

Orientador: Professor Doutor Valter Foletto Santin

JACAREZINHO
2016

Autorizo a reprodução e divulgação total e parcial desse trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada à fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

C767a Contelli, Everson Aparecido.

ACESSO À JUSTIÇA CRIMINAL E OS NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS COMO ALTERNATIVA CONSENSUAL, RESTAURATIVA E DIALÓGICA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL. / Everson Aparecido Contelli. – Jacarezinho, 2016.
147 f.: il

Orientadora: Professor Doutor Valter Foletto Santin.

Coordenador: Dr. Fernando de Brito Alves.

Dissertação (Mestrado em Direito) □□ Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP – Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica.

Inclui bibliografia

1. Processo Penal – teses 2. Persecução Criminal – teses 3. Acesso à justiça – teses. I. Professor Doutor Valter Foletto Santin. II. Universidade Estadual do Norte de Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas, – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. III. Título.

CDU: 34

CONTELLI, Everson Aparecido. **Acesso à Justiça Criminal e os Núcleos Especiais Criminais como Alternativa Consensual, Restaurativa e Dialógica na Persecução Criminal.** Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, 2016.

Professor Doutor Valter Foletto Santin
Aprovado em:

Banca Examinadora

Professor Dr. Valter Foletto Santin _____ Instituição: UENP-Jacarezinho-PR _____
Julgamento: _____ Assinatura _____

Professor Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura _____

Professor Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura _____

Dedico este trabalho aos meus filhos Daniel Frederico Tenório Contelli e a Beatriz Eduarda Tenório Contelli e ao incondicional apoio de Rosana Tenório Contelli, esposa dedicada que soube acolher os pequenos nos momentos de distanciamento decorrentes dos estudos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus por ter conduzido meus passos a me aproximar da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná onde não somente recolhi conhecimentos, mas presenciei atitudes de pessoas grandiosas como as dos Professores Doutores Ilton Garcia da Costa e Gilberto Giacoia, mestres que ensinam pelo exemplo.

Ao estimado orientador, professor Dr. Valter Foletto Santin que soube acreditar no projeto que se desenhava, cujos pensamentos críticos em muito engrandeceram o resultado deste trabalho.

A valorosa Maria Natalina da Costa, que além da responsabilidade burocrática pela Secretaria, todos reconhecem, é pessoa imprescindível pelo caminhar responsável e sucesso dos alunos e até mesmo dos professores do Programa de Mestrado e Doutorado.

Ao professor Dr. Fernando de Brito Alves a gratidão pela oportunidade de receber seus inesgotáveis conhecimentos filosóficos e, principalmente, pela forma humanista que conduz a Coordenação dos Programas de Mestrado e Doutorado.

Aos alunos da 11ª Turma pela grandeza como dividiram seus conhecimentos.

Enfim, o sentimento é de que essas pessoas não me conduziram a obtenção do título de mestre, mas me transformaram em uma pessoa melhor.

Minha eterna gratidão.

A instituição família somente sobrevive até o presente momento graças à confiança, alteridade e solidariedade depositadas entre seus integrantes, principalmente, pelo constante espírito conciliatório e restaurativo, porquanto o modelo impositor ou de predomínio de um dos pólos restou derrocado no século passado. Esse modelo não retributivo de solução de conflitos nas famílias, pode propiciar um modelo ao pleno acesso à justiça criminal.

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

CONTELLI, Everson Aparecido. **Acesso à Justiça Criminal e os Núcleos Especiais Criminais como Alternativa Consensual, Restaurativa e Dialógica na Persecução Criminal**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, 2016.

RESUMO

A presente dissertação pretende analisar como o acesso à justiça tem encontrado efetivação por meio das atividades realizadas pelos Núcleos Especiais Criminais – NECRIMs, facilitados que são pela utilização de mecanismos de Justiça Restaurativa, como a mediação e a conciliação. Adotou-se como recorte metodológico, a utilização do consenso e de mecanismos dialógicos na dissolução do conflito penal e não-penal, o que em um primeiro momento equivale a um paradoxo, diante do modelo tradicional de justiça retributiva adotada sob influência dos dispositivos infralegais do século passado, de matriz autoritária em que, ademais, direito material não se comunica com o processo ou com a persecução. Reconstruindo o acesso à justiça como direito fundamental, especialmente após a Constituição Federal de 1.988 e diante dos primeiros sinais apontados pela Lei nº 9.099/1995, é possível uma intervenção do Estado, paralelo às Políticas Criminais de Repressão, realocando os indivíduos a posição de sujeitos de direitos, com empoderamento dos envolvidos para uma maior participação popular e, por conseguinte, inclusão social. A plena dissolução do conflito por mecanismos multiportas e produção da paz social, requer a adoção de um novo modelo de persecução criminal, em que considera que o diálogo e as técnicas utilizadas não são alternativas, mas constituem a própria persecução criminal, ou expressão similar que afaste a ideia de cidadão como inimigo do Estado, o que tem sido facilitado pelos Núcleos Especiais Criminais da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Processo Penal. Acesso à Justiça. Persecução Criminal. Autocomposição.

CONTELLI, Everson Aparecido. **Access to the Criminal Justice and the Special Criminal Nuclei as an Alternative Consensual, Restorative and Dialogic in Criminal Prosecution.** Paper presented to the Master's Program in Legal Science the State University of Northern Paraná – UENP, Jacarezinho, 2016.

ABSTRACT

This dissertation intends to analyze how access to justice has found effective through the activities carried out by the Special Criminal Cores - NECRIMs, which are facilitated by the use of restorative justice mechanisms, such as mediation and conciliation. It was adopted as methodological approach, the use of consensus and dialogic mechanisms in the dissolution of criminal conflict and non-criminal, which at first is equivalent to a paradox, given the traditional model of retributive justice adopted under the influence of infralegal devices last century of authoritarian matrix in which, moreover, substantive law does not communicate with the process or with the prosecution. Reconstructing access to justice as a fundamental right, especially after the Federal Constitution of 1988 and before the first signs pointed by Law No. 9,099 / 1995, State intervention is possible, parallel to the Criminal Enforcement Policy, reallocating individuals subject position of rights, empowerment of the involved for greater popular participation and therefore social inclusion. The full dissolution of the conflict by multipoint mechanisms and production of social peace, requires the adoption of a new criminal prosecution model, which considers that the dialogue and the techniques used are not alternatives, but are the very criminal prosecution, or similar expression away the idea of citizen as an enemy of the state, which has been facilitated by the Special Criminal Cores of the São Paulo State Civil Police.

Keywords: Criminal Procedure. Access to Justice. Criminal Prosecution. Autocomposição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I	15
1 ACESSO À JUSTIÇA CRIMINAL E DIÁLOGO	15
1.1 Acesso à Justiça Criminal e meios alternativos de solução de conflitos.....	21
1.2 Conflito Penal e a Judicialização	23
1.3 Historicidade do Acesso à Justiça Criminal	26
1.4 Diálogo.....	31
1.5 Justiça Restaurativa.....	33
1.6 Modelo Dialógico de Acesso à Justiça e de Administração de Conflitos Criminais	37
CAPÍTULO II	42
2 CONSENSO NO PROCESSO CRIMINAL	33
2.1 Meios Alternativos de Solução de Conflitos.....	44
2.1.1 Mediação	46
2.1.2 Conciliação	47
2.1.3 Negociação.....	48
2.1.4 Arbitragem	51
2.2 O Consenso em Matéria Criminal em Portugal.....	52
2.3 O Consenso em Matéria Criminal na América do Sul.....	56
CAPÍTULO III	60
3 CONSENSO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO EFICIENTE DA VÍTIMA E A REAPROXIMAÇÃO DA JUSTIÇA MATERIAL	60
3.1 Teoria de ação de direito material no processo penal e a proteção eficiente Eficiente da Vítima	60
3.2 Processo Penal e a Instrumentalidade Constitucional	61
3.3 Jurisdição Penal	65
3.4 Teorias da Ação.....	66
3.5 Teoria geral do Processo e Categorias próprias do Processo Penal.....	68
3.6 Condições da Ação no Processo Penal.....	70
3.7 Relação Jurídica	71
3.8 Relação Jurídica de Direito Material	71
3.9 Relação Jurídica Processual	71
3.10 Tutela Jurisdicional	72
3.11 Direito Subjetivo.....	73
3.12 Da Pretensão.....	75
3.13 Teoria Circular dos Planos no Processo Penal.....	77
3.14 Teoria da Ação de Direito Material	79
3.15 Significado Prático da Teoria da Ação de Direito Material.....	81
3.16 A não Revitimização no Processo Penal pela Compreensão da Ação de Direito Material	82
3.17 O Consenso Criminal como Concretização da Ação de Direito Material	84

CAPÍTULO IV	88
4 NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS – NECRIMs COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA	88
4.1 Origem dos Nucleos Especias Criminais	88
4.2 Consenso no Processo Penal e a atuação do Estado	91
4.3 Conciliação Incidental em Crimes de Ação Penal Pública Incondicionada	94
4.4 O Resgate da Paz Social pelo Diálogo	98
4.5 Legitimidade da Atuação do Delegado de Polícia Conciliador.....	100
4.6 Controle da Criminalidade pelo Diálogo	105
4.7 O Delegado de Polícia Resolutivo no Processo Penal e na Legislação Especial.....	106
4.8 A Função Política do Delegado de Polícia Resolutivo	108
4.9 Núcleos Especiais Criminais Itinerantes como mecanismo de Inclusão Social.....	109
4.10 Mediação de Conflitos Coletivos como Mecanismo de Paz Social e de Investigação Antecipada (Preventiva) de Crimes. Atuação Persecutória Preventiva de como meio Eficiente de Produção Probatória	111
4.11 Ambito de atuação dos Núcleos Especiais Criminais	117
4.12 Núcleos de Conciliação e a Eficiente Persecução Criminal	121
4.13 Núcleos Especiais Criminais pela Análise Econômica do Direito Penal.....	126
4.14 Experiências e Primeiros Resultados dos Núcleos Especiais Criminais no Brasil	128
4.15 Estruturação do NECRIM no Estado de São Paulo	129
CONCLUSÃO	130
REFERÊNCIAS	133
ANEXOS	142
ANEXOS I	143
ANEXOS II	146

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo analisar os mecanismos de acesso à justiça criminal, o uso do processo penal brasileiro e as dificuldades para superar o formalismo exacerbado imposto pela justiça retributiva e seus entraves, essencialmente à efetivação de direitos individuais aos excluídos no processo criminal, procurando construir críticas acerca do posicionamento dos sujeitos processuais e a quase inexistência da vítima para a relação jurídica processual, verificando como os mecanismos autocompositivos adotados pelos Núcleos Especiais Criminais auxiliam na solução de conflitos de interesses de natureza penais e extrapenais, com a maior participação popular.

Objetiva-se, especificamente, a investigação da dinâmica do acesso à justiça pelo meio consensual, durante a *persecutio criminis*, sua repercussão no processo criminal, cível e no tecido social, além de promover a reflexão crítica, propondo a mediação como fator de revalorização dos sujeitos do conflito, em especial da vítima, redução da tensão entre os atores sociais e, por conseguinte, em busca da preservação da paz social, da igualdade, da participação popular e, principalmente, a preservação da dignidade da pessoa humana, na medida em que as técnicas autocompositivas constituem obstáculo ao avanço desmesurado do poder punitivo do Estado – na representação moderna do direito penal do inimigo.

O enfrentamento da crise de efetividade de acesso à justiça criminal constitui objetivo dos operadores do direito que integram a *persecutio criminis*. A apuração de infrações penais tem o significado de formação de indícios de autoria e de provas e elementos informativos de materialidade, que proporcionem ao legitimado ativo da relação jurídica processual penal – Ministério Público e querelante – condições necessárias para à judicialização do conflito que, não se desconhece, nesse modelo, tem por finalidade a proteção suficiente do Estado em busca da efetivação do *ius puniendi* em concreto.

Os procedimentos de *persecutio criminis* de primeira fase – Inquérito Policial e Termo Circunstanciado –, tradicionalmente fundamentados pelos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade, destinados que são a auxiliar na formação da convicção do juiz para aplicação do direito, em observância às regras processuais penais e constitucionais, não têm produzido o mínimo consenso, naquilo que é pertinente. Contudo o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Polícia Civil e Federal,

assim como os demais sujeitos de direito devem atuar para além da busca de rígida observância do formalismo jurídico decorrente do modelo repressivo e alcançar a concretização de outros valores fundamentais previstos na Constituição, tais como o da duração razoável do processo, preservação da dignidade da pessoa humana e busca da paz (social), o que se dá com aplicação da norma jurídica compreendida não apenas pelo conjunto de regras, mas pela utilização do sistema jurídico em defesa dos interesses violados em decorrência da prática dos atos indesejáveis à sociedade.

Analisado pela ótica tradicional, temos o modelo de operador do direito “demandista”, aquele que atende todas as determinações legais, atua como a “boca da lei” de Montesquieu, mas ainda que visualize uma alternativa ao conflito, à pacificação social ou a efetividade da aplicação da lei penal, prefere a judicialização, ao argumento simplista de transferir as responsabilidades ao Poder Judiciário, deixando esvair importante momento para aplicação da justiça restaurativa, com uso da mediação ou conciliação, como exemplos. Decorrencia desse modelo é que passados mais de 20 anos da Constituição Federal, discute-se ainda maneiras de efetivação de princípios elementares ao processo penal.

O modelo repressor, fundamentado em Código de Processo Penal septuagenário, redigido em nítido estado policial, mais se aproxima a combatida neutralidade estatal afeta ao liberalismo, em que o juiz, o promotor de justiça e o delegado de polícia exercem insignificante função política na resolução de conflitos e às partes nenhum poder de decisão.

Realocar o processo penal moderno, a um novo paradigma, o de justiça consensual penal de modelo resolutivo, como superação definitiva do positivismo exacerbado, em um perfeito alinhamento com o pensamento neoconstitucionalista, é o objetivo deste trabalho, como função indispensável na efetividade da segurança jurídica, segurança pública, alcance da paz social, acesso à justiça, sem descuidar da proteção suficiente do Estado, cujos primeiros passos decorrem da implantação dos Núcleos Especiais Criminais da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Dessa forma, a pesquisa objetiva, em resumo, dentro do aspecto processual penal, à verificação da crise de efetividade dos mecanismos atuais de solução de conflitos, propondo novos meios de solucioná-los, como é o caso dos Núcleos Especiais Criminais, desgarrados das influências e políticas criminais autoritárias dominantes e que promovem, notadamente, à falta de ética e de paz

social, procurando, por meio do estudo sistemático do ordenamento jurídico, alcançar conclusões razoáveis à lógica conflituosa, com soluções que vão ao encontro dos anseios sociais e da promoção de um efetivo Estado Democrático de Direito, com conseqüente integração e inclusão dos sujeitos atingidos pela criminalidade moderna.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo e o método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital. Partiu-se de premissas gerais acerca de conflito, paz social, acesso à justiça, meios alternativos de solução de conflitos e a compreensão da persecução criminal, a fim de alcançar opinião crítica acerca dos mecanismos de enfrentamento de conflitos, com soluções que alcancem aos interesses de todos os sujeitos processuais e à coletividade.

1 ACESSO À JUSTIÇA CRIMINAL E DIÁLOGO

A promessa constitucional de acesso à justiça a todo ser humano, importa ao Estado em um dever de acessibilidade, para que os sujeitos exercitem a democracia, a cidadania, e atinjam, conseqüentemente a inclusão social, o que exige reflexões, a exemplo do substancialismo das decisões, com a finalidade de estudar se os instrumentos destinados a proteção destes direitos, são efetivos o suficiente para proteção de direitos fundamentais vida, privacidade, liberdade e propriedade, tanto do imputado como da vítima.

Como ensina Ferrajoli (2011, p.10): são fundamentais, por exemplo, também os direitos de defesa determinados ao imputado pelo Código de Processo Penal, que é uma lei ordinária. Como se observa, direito de defesa decorre do direito fundamental de liberdade.

Dessa forma, no Brasil, acesso à justiça criminal sob o ponto de vista da aplicação de pena restritiva da liberdade encontra identidade com acesso ao Poder Judiciário, porquanto o sistema não admite a negociação da pena. Com efeito, o exercício do *ius puniendi*, pertencente ao Estado e representativo de sua soberania, sempre será realizado por meio do Poder Judiciário, com atuação, inclusive, no que toca à proteção do autor do crime diante de eventual abuso estatal, em uma dimensão de instrumentalidade constitucional.

O acesso ao Poder Judiciário, portanto, uma das facetas do acesso à justiça criminal ocorre por meio de denúncia ou queixa, facilitados pelos instrumentos de investigação criminal, Inquérito Policial, Termo Circunstanciado ou conjunto de informações disponíveis aos legitimados ativos, todos mecanismos que devem, ao mesmo tempo, garantir os direitos fundamentais do imputado, assim como desenvolver ações da máxima eficácia e eficiência na busca do ideal de verdade.

Esse acesso deve ocorrer de forma imediata, conforme ensina Santin (2007, p.40):

O mecanismo de imediata remessa de termo circunstanciado e realização de audiência preliminar proporciona situação favorável para a complementação oral dos dados necessários para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, com especial participação da vítima e do autor dos fatos, em contatos informais com o juiz e o promotor de justiça.

Contudo, o acesso à justiça criminal não deve estar restrito unicamente a acesso ao Poder Judiciário por meio da petição inicial no processo penal – denúncia ou queixa-crime –, como atendimento de um procedimentalismo, mas objetivar prestações jurisdicionais adequadas e efetivas, que incluam democracia e cidadania como meios de alcançar a justa inclusão social pelo substancialismo das decisões judiciais ou da solução aventada.

Mister, portanto, a ampliação da compreensão do significado acesso à justiça criminal e de seus atores.

Cappelletti e Garth (2002, p.234), ao discorrer sobre a evolução do conceito teórico de acesso à justiça, alerta:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, **permanecia passivo** (GN), com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. Afastar a “pobreza no sentido legal” — a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições — não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire* só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Nesse compasso, caberia ao Estado tão somente a prestação da justiça àqueles que alcançasse o distante e inacessível Poder Judiciário.

Ao alertar acerca da função política do Estado e a superação dessa situação, Mauro Cappelletti identifica três ondas, denominadas renovatórias e que deveriam permear a dinâmica de acesso à justiça.

A primeira onda consiste na Assistência Judiciária aos pobres, preceito que atualmente tem sido desincumbido pela maioria dos Estados que criaram e estruturaram a Defensoria Pública adequadamente, ou ainda pelos convênios com a Ordem dos Advogado do Brasil, como meio de promoção de acesso à justiça aos

pobres, situação denominada por Cappelletti e Garth (2002) como modelo combinado, a exemplo da Suécia.

A segunda onda renovatória de Cappelletti e Garth (2002) consiste na tutela dos interesses meta individuais, vale dizer, a tutela daqueles interesses transindividuais de difícil identificação do legitimado, senão por meios alternativos, como a criação da legitimidade extraordinária para fazer frente às peculiaridades dos direitos difusos.

Na terceira onda encontramos a efetividade do processo.

Na verdade o tempo constitui grande obstáculo a obtenção das expectativas dos interessados e, especificamente no processo criminal o tempo pode, inclusive, produzir espetáculos de autotutela. Com efeito, é necessário que a efetividade do processo não fique apenas no acesso a ele, mas que alcance a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso, como adverte Dinamarco (2003, p.372):

O que se impõe, portanto, é um novo “método de pensamento” a ser perenemente aplicado na interpretação dos textos, dos casos particulares e do sistema processual em si mesmo. Superada a fase “conceitual” do direito processual civil e não mais sendo objeto de preocupações a sua autonomia nem prevalecendo a visão interna do sistema, cada vez mais nítida se torna a necessidade de encarar o processo de uma perspectiva teleológica, instrumentalista, com o reconhecimento de sua importantíssima missão perante a sociedade e as suas instituições políticas. E, com essa preocupação, a mensagem que o presente estudo contém é, em síntese, a da justiça, da pacificação, da liberdade e da participação democrática através dessa instrumentação que a técnica do direito põe à disposição dos indivíduos e dos agentes do poder.

O objetivo da efetividade do processo não está em se ter acesso ou não à “justiça”, mas que superados os obstáculos e alcançando o momento de sua produção que isso efetivamente ocorra de maneira teleológica e instrumental e que além da produção da esperada justiça, promova a pacificação, com efetiva participação democrática, dever de todos os agentes do poder, a exemplo daqueles que integram a *persecutio criminis*.

Nessa linha de compreensão de acesso à justiça, os Juizados Especiais foram criados para ocupar a posição de justiça dos pobres e possibilitam a ampliação da participação popular na administração da justiça, com a previsão da figura do conciliador e do juiz leigo, com importante repercussão na justiça penal.

Esses Juizados buscam o que Guillén (1969) denomina de sumarização processual e constituem um meio de tutela diferenciada:

Sumarização processual – abreviar o processo através de dois tipos de sumarização: a) Sumarização cognitiva – É a possibilidade do juiz julgar com base na probabilidade. Sua desvantagem é de haver um julgamento equivocado; b) Sumarização procedimental – É a eliminação ou a concentração dos atos processuais no curso do procedimento.

Pode-se concluir que alguns mecanismos de homologação de acordo celebrados por delegados de polícia perante o Núcleo Especial Criminal – NECRIM identificam-se como métodos de sumarização procedimental, o que inclusive possibilita a execução direta como título executivo judicial.

Cappelletti e Garth (2002, p.204) enfatiza que recentemente a conciliação tem sido considerada a principal técnica de resolução de conflitos de pequenas causas e conclui:

Reformas nos Tribunais de Pequenas Causas e o Acesso à justiça: algumas conclusões. Essas reformas nas pequenas causas, embora ainda muito recentes, de certa forma resumem o movimento de Acesso à Justiça, porque elas correspondem a um esforço criativo, abrangente e multifacetado para reestruturar a máquina judiciária envolvida com essas causas. Elas estão atendendo ao desafio crucial de criar órgãos eficazes para a defesa dos direitos do cidadão comum, isto é, para assegurar que os novos e importantes direitos dos indivíduos — especialmente, até agora, consumidores e inquilinos — sejam transpostos dos códigos para o mundo real. Encontramos, aqui, órgãos informais, acessíveis e de baixo custo que oferecem a melhor fórmula para atrair indivíduos cujos direitos tenham sido feridos. Também encontramos procedimentos que oferecem a melhor oportunidade de fazer valer essas novas normas técnicas a favor dos indivíduos em confronto com adversários poderosos e experientes. Os êxitos dessas novas soluções, as quais, como já assinalamos, podem ser usadas em conjunto com reformas que objetivem a proteção dos direitos dos consumidores enquanto classe, podem ter o resultado de alertar as pessoas a respeito de seus direitos e de convencer seus oponentes de que esses direitos não poderão mais ser ignorados.

Os tribunais de pequenas causas já são especializados, uma vez que eles lidam com uma parcela relativamente estreita no que diz respeito à legitimidade e à matéria; mas é possível empreender uma maior especialização. Os juizados de pequenas causas, por exemplo, podem ser (ou tornar-se) especialistas em direito dos consumidores, porém um tribunal especializado em direito do consumidor estará mais apto a julgar a qualidade técnica de determinado produto. Algumas vantagens podem ser obtidas através da maior especialização, de acordo com os tipos de causas, e muitos reformadores — talvez, em alguns casos, por terem perdido a confiança em tribunais de pequenas causas de jurisdição ampla — estão procurando esses benefícios.

Na linha desse esforço criativo, abrangente e multifacetado apregoado por Cappelletti (2002), encontramos os métodos autocompositivos utilizados na

justiça criminal, a exemplo do projeto desenvolvido pela Polícia Civil Paulista, denominado de Núcleos Especiais Criminais de Mediação, mecanismo de vanguarda, que tem o propósito específico de atingir efetividade no acesso à justiça criminal, encontra consonância na celeridade do processo como meio que possibilita a prestação jurisdicional em tempo razoável nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e, principalmente, no aspecto processual, promove evidente economia processual.

Ainda sobre soluções abrangentes na justiça criminal, sem afastar o monopólio estatal, mecanismos complementares facilitam o acesso à justiça criminal, a exemplo das audiências de custódia para os autuados e a fixação de valor mínimo de indenização às vítimas. Note-se que nas audiências perante o Poder Judiciário, em 24 horas, o autuado pode ter analisado seu direito essencial de liberdade, cooptado momentos antes pela força do Estado.

Kim Economides, partindo de Mangabeira Unger afirma que a sociedade moderna vive uma sensação de injustiça, ao mesmo tempo em que não se sabe onde a justiça está. Para tanto, pontua a necessidade de uma quarta onda do movimento de acesso à justiça destinada aos operadores do direito para que todos, juízes, promotores de justiça, delegados de polícia e advogados acreditem que é possível atingir esse valor maior de justiça. O objetivo é despertar nesses profissionais o sentido ético e político da administração da justiça, capilarizando esse conceito para o ensino jurídico, passando de questões metodológicas a questões epistemológicas, inclusive com a promoção de acesso dos cidadãos ao ensino jurídico (ECONOMIDES, 1999, p. 61).

Nesse sentido, Projeto de Lei no Senado (PLS 70/2015), do Senador Romário, visa instituir o ensino da Constituição Federal no ensino básico, como mecanismo de despertar o povo de enibriante sonolência.

Bacellar (2010, p.27) identifica uma quinta onda que compreende uma onda de saída da Justiça para os conflitos judicializados e que seja um acesso adequado ou uma resolução adequada do conflito, dentro ou fora do Poder Judiciário. Para Bacellar (2010, p.55), é dever do Estado propiciar ao cidadão diversas formas de resolução de conflitos, mesmo que já judicializados, o que corresponde a múltiplas possibilidades de acesso adequado à justiça.

Existindo vários instrumentos de resolução de conflitos, o jurisdicionado deve se valer daquele que melhor atenda a necessidade do conflito, conjugando

fatores sociológicos, fatores comunicacionais e fatores que estimulem a percepção de decisão mais adequada, com conseqüente redução do excesso de linguagem e da pouca legitimação social, características do Monopólio jurisdicional.

Afinal, como bem advertiu o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, na Mesa de Encerramento do Seminário “Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional”, promovido pela UERJ em 11 de setembro de 2015, o Poder Judiciário deve ser subsidiário na luta pelos direitos; nunca protagonista (SILVA, 2016).

É certo, porém, que no processo criminal, conforme assentado, a esfera de disponibilidade é restrita.

Essa restrição, porém, pode ser tratada eficazmente, afastando-se a tradicional visão do processo penal, como justiça dos pobres, em que tudo se resolve no binômio condenação – absolvição.

Reafirma-se, acesso à justiça não é sinônimo de inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário, muito embora, na espessa atribuição de imposição de restrição da liberdade, pode-se dizer que há um verdadeiro direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, assim como prescreve o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (MOYSES, 2013).

O direito fundamental de acesso à justiça e de acesso ao Poder Judiciário, decorrem do Artigo 5º, e em consonância com o Artigo 60, parágrafo 4º., inciso IV, da Constituição Federal, integram as denominadas cláusulas pétreas.

Nesse sentido, com efeito, destaca o doutrinador Cambi (2007, p. 24):

O direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF., significa o direito à ordem jurídica justa. Assim, a designação acesso à justiça não se limita apenas à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos). Por isso, para a noção de acesso à ordem jurídica justa converge o conjunto das garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual, o qual se insere no denominado direito fundamental ao processo justo.

Por esse enfoque, é necessário compreender que acesso à justiça criminal não significa tão somente acesso ao Poder Judiciário, mas sim a toda forma de solução justa para o conflito em análise, ainda que extrajudicial, isso porque nas relações endoprocessuais as partes podem não encontrar a prestação jurisdicional adequada e portadora de segurança jurídica.

Dessa forma, é necessário distinguir dois outros tipos de acesso à justiça criminal. O primeiro, como instrumento facilitador de ingresso e de saída do Poder Judiciário em conflitos criminais, a exemplo da discutível colaboração premiada e de facilitadores de fixação de valor mínimo de indenização.

Em segundo plano, compreende-se como possíveis mecanismos de acesso à justiça criminal que dissolvem o conflito de interesses, sem a necessidade de acesso a função jurisdicional, os denominados equivalentes jurisdicionais, como a mediação de conflitos penais, a exemplo do trabalho desenvolvido nos Núcleos Especiais Criminais da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

1.1 Acesso à Justiça Criminal e os novos espaços de consenso no processo penal

O sistema penal adversarial encontra-se em crise, com conseqüente duração exacerbada dos processos, o que leva a opinião pública a experimentar um sentimento de impunidade, não raro com manifestações isoladas de defesa da barbárie, consubstanciadas atualmente no crescente número de linchamentos, autotutela, mecanismo utilizado, repita-se, isoladamente, tanto por agentes do estado como pela própria população ou por milícias em alguns Estados.

Fernandes (2001, p.96) identifica que a crise penal revela dois aspectos importantes para compreensão do fenômeno que assistimos, a inflação legislativa em matéria penal, com excessiva criminalização e conseqüente hipertrofia de todo o sistema, levando ao enfraquecimento da eficácia intimidatória da sanção e o congestionamento processual, com a deletéria conseqüência de morosidade na tramitação dos processos e, como decorrência, diminuição do efeito de prevenção geral do sistema penal.

A desproporcional massificação da pequena criminalidade ocasionou a sobrecarga das instâncias formais de controle, o que exige alto custo orçamentário e social e que pouco ou nada contribui à dissolução do verdadeiro conflito e ao alcance da paz social.

Essa desproporção tem-se verificado não somente na criminalização de condutas irrelevantes ao direito penal, mas também na individualização legislativa de forma desproporcional no que tange a pena.

Nesse ambiente é que surge a discussão acerca de um modelo consensual de justiça criminal.

Note-se que sob esse enfoque o acesso à justiça não pode ser analisado somente como o acesso formal ao Poder Judiciário, com a judicialização de um conflito, porquanto espaços de consenso já são uma realidade diária nos Núcleos Especiais Criminais para conciliação de crimes de menor potencial ofensivo, assim como em acordos de colaboração premiada, na transação penal etc.

Contudo, deve-se compreender como consenso a possibilidade de vítima e ofensor participarem de forma espontânea, sem nenhum tipo de coação, da solução de conflitos de interesses, com a possibilidade de homologação pelo Poder Judiciário do acordo, não acarretando qualquer tipo de pena, imposição ou restrição de direitos e garantias ao investigado.

Ressalte-se que acesso ao Poder Judiciário também não importa em ingresso de ação penal com pedido condenatório. Estima-se que nos Estados Unidos, embora se reconheça, originário de tradição anglo-saxã e com possibilidades diversas à acusação e defesa, apenas 10% dos crimes são judicializados, diante da técnica de autocomposição denominada pelos Norte-americanos de *plea bargaining*.

Com efeito, o projeto brasileiro de criminalização em massa, essencialmente da pequena criminalidade, torna imprescindível que o sistema jurídico apresente uma resposta adequada, seja do ponto de vista do direito material, seja, principalmente, sob o ponto de vista processual, daí o princípio da adequação a apresentar novos ritos e procedimentos, a exemplo da sumarização a possibilitar um maior acesso à justiça criminal.

É necessário, porém, compreender, emprestando a noção da teoria circular dos planos que o processo depende do direito material e este daquele, da mesma maneira que as fases da persecução (primeira e segunda), dependem reciprocamente, pena de o discurso de acesso à justiça ser neutralizado já na primeira fase da persecução.

Com essa primeira análise, conclui-se, que os métodos autocompositivos ou negociados densificam a concretização normativa do acesso à justiça criminal,

inaugurando no Brasil verdadeiros espaços de consenso, capazes de produzir reais efeitos que, distantes da legislação simbólica, efetivam o substancialismo constitucional.

1.2 Conflito Penal e a Judicialização

Na busca pela paz entre os humanos, mister a análise do conflito, seus fatores desencadeadores, repercussão nas diversas searas do direito, assim como seus fatores positivos e métodos de solução.

Ao sistema jurídico está reservado parcela de responsabilidade no encaminhamento e na solução das controvérsias das angustias humanas e, ao Direito Penal deveriam ser reservadas soluções somente como *ultima ratio*, quando outros mecanismos jurídicos ou de controle social não fossem suficientes ou adequados à resolução dos conflitos de interesses.

Contudo, o Direito Penal tem sido utilizado nos últimos anos como primeira barreira de contenção, porquanto instrumento mais barato de coação e de adestramento da população, em detrimento de implementação de políticas públicas, a exemplo do fracasso da atual política de enfrentamento e tratamento a usuários de algumas drogas ilícitas, que acabam se transformando, forçosamente, em traficantes, por inexistência de política pública eficaz, ao que muito se aproxima da adoção das táticas políticas descritas por Foucault (2007).

Na obra denominada *Vigiar e Punir*, Foucault analisa a “domesticação dos corpos”, que constituem técnicas do exercício do poder por meio do uso do corpo e de sua normatização, denominado de poder disciplinar ou anatomia política em que centraliza o âmbito de discussão nos corpos, *corpo que se manipula, se modela, se treina, que obedece, responde, se torna hábil ou cujas forças se multiplicam* (FOUCAULT, 2007, p.117). Portanto, prepondera um Direito Penal como normatização do corpo, seu objeto de poder, não como metodologia de resolução de conflitos.

É certo, porém, que para efetiva solução dos reais conflitos penais, respeitada às críticas abolicionistas, ainda não foi encontrada solução diversa a aplicação da pena restritiva de liberdade, sempre que necessário. Nesse sentido assevera Bitencourt (2009, p.478), a pena justifica-se por sua necessidade.

Contudo é preciso um novo olhar à justiça criminal, em que o conflito é analisado e dissolvido, não utilizado para fins políticos ou econômicos.

Para Hulsman e Celis (1997, p.163) “o direito penal e a prática dos sistemas da justiça criminal não podem ser usados como um padrão essencialmente autoritário para julgar o ‘certo’ e o ‘errado’ do comportamento”.

Ressalte-se que quando se busca analisar um conflito aparentemente penal que se apresenta possível a solução consensual, evidentemente não se está a afirmar que os atores do desenlace terão o condão de interferência ou inversão do Monopólio estatal da aplicação da sanção penal.

Pelo contrário, a autocomposição no processo criminal encontra espaço em conflitos específicos, que porque não solucionados por outros ramos do direito acabaram por implicar, também em repercussão criminal, a maioria de menor potencial ofensivo.

Hulsman e Celis (1997, p.162) adverte que alternativas à justiça criminal, não significam ou constituem sanções alternativas, mas alternativas para o processo de justiça criminal:

Ao falar em alternativas à justiça criminal, não estamos falando de sanções alternativas, mas sobre alternativas para o processo de justiça criminal. Essas alternativas podem ser de natureza predominantemente legal ou predominantemente não legal.

Com efeito, antes de desenvolvermos novos tipos penais, é necessário neutralizar os conflitos existentes e trabalhar preventivamente para que novas infrações não aflinjam a sociedade e os atores envolvidos.

Acerca do tema, Hulsman e Celis (1997, p.162) pontua que:

Frequentemente, as alternativas à justiça criminal são vistas como uma resposta alternativa para o comportamento criminoso. Ao considerarmos este aspecto, não levamos em conta que cada aproximação legal é primeiramente um meio de construir (ou reconstruir) um fato. Buscar alternativas para a justiça criminal é, antes de tudo, buscar definições alternativas de eventos que possam desencadear processos de criminalização. A resposta dada em uma alternativa à justiça criminal é, portanto, uma resposta a uma situação que tem um “formato” diferente e diferentes “dinâmicas” em relação aos fatos como eles aparecem num contexto da justiça criminal.

No que toca à justiça criminal propriamente dita, reserva essencial destaque ao Direito Penal e ao Processo Penal, mecanismos tradicionais de tipificação de condutas e judicialização de conflitos, respectivamente.

Fernando da Tourinho Filho (2010a, p.29) conceitua processo penal como o conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal Objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como da persecução penal.

Para Marques (2003, p.16), processo penal “é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares” que constituem, em síntese, o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição de lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo.

O direito penal subjetivo refere-se à titularidade única e exclusiva do Estado de punir as condutas descritas como criminosas.

Como detentor do monopólio estatal da pretensão punitiva, o Estado não delega esse poder, nem mesmo na ação penal privada, em que a vítima é desprovida de qualquer legitimidade no momento da execução da pena.

Mas para que ocorra a pretensão punitiva estatal, mister que antes disso ocorra a lide. No processo civil, lide, nas palavras de Carnelluti (2000, p.78), é compreendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida.

Contudo, não é encontrada correlação entre lide civil e lide penal, porquanto a lide civil tem a peculiaridade de exigir resistência necessária para qualificar o conflito.

No aspecto criminal a solução é diferente, porquanto, ainda que o sujeito ativo do delito aceite a aplicação imediata da pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, ainda assim, o *jus puniendi* não poderá ser exercido com aplicação de sanção imediata, pena de violar outros direitos, tais como o direito de liberdade e ao devido processo legal.

Marques (1998, p.25) ensinava que a prática de infração penal faz surgir uma lide de igual natureza, resultante do conflito entre direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu. A pretensão punitiva encontra no direito de liberdade, a resistência necessária para qualificar esse conflito como litígio, visto que o Estado não pode fazer prevalecer, de plano, o seu interesse repressivo.

Diversa solução está prevista no Anteprojeto de Código de Processo Penal, que nos termos do Projeto de Lei do Senado, PLS 156/2009, em seu artigo 271, possibilita ao Ministério Público e ao acusado, solicitar, mediante confissão deste, a aplicação da pena mínima nos crimes punidos até 8 anos de prisão.

Presentes, portanto, os requisitos do direito material (direito penal objetivo), em regra haverá lide penal, assim como ensinado por Carnellutti que distinguia litígio de conflito. Aquele é sinônimo de lide (conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida), ao passo que conflito corresponde a um entendimento mais amplo e inclui, inclusive, os conflitos de interesses sem pretensão resistida.

Contudo, diferente do direito privado em que basta a resistência para qualificar a pretensão, essa regra deve ser sopesada no Direito Penal com os limites constitucionais que estabelecem, em contrapartida ao direito subjetivo (*jus puniendi in concreto*), um direito subjetivo do cidadão de presunção de inocência; um recrudescimento na tipicidade exigindo previsão de elemento subjetivo com rigorosa descrição no tipo penal e sempre confrontando o *jus puniendi* com o *jus libertatis*.

Assim, uma releitura do Direito Processual Penal sob o prisma da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito, ainda que não essencialmente garantista, exige do operador do direito, antes de qualificar o conflito, desenvolvam-se alternativas que restaurem a paz social ou que ponha cobro no nascimento de novas fontes potenciais de controvérsias, denominadas espirais de conflito, contexto em que surge o Direito Penal como *ultima ratio*, daí a necessidade de operadores que apresentem alternativas aos conflitos penais ou que traduzam em maior eficiência e eficácia, com segurança jurídica, o acesso à justiça criminal.

Decorre disso que uma Constituição Democrata exige um processo penal democrático e garantista.

1.3 Historicidade do Acesso à Justiça Criminal

Sob o ponto de vista histórico, mister brevíssimo estudo da evolução do direito processual penal, essencialmente a maneira como o Estado se posicionou ao longo da história na resolução dos conflitos de interesses envolvendo a violação do

direito penal objetivo, em cotejo com a resposta estatal, contextualizado com o período e grau de evolução das garantias ao imputado e à vítima.

Sob o ponto de vista do direito material, em resumo, o direito penal parte da justiça vingativa, desproporcional, para incomensurável avanço, que imprimiu proporcionalidade à justiça privada, até o despertar do interesse do Estado, atribuindo a si a responsabilidade pela solução do litígio.

A vingança tem sido o norte do sistema criminal, porquanto de vingança divina, o processo penal passa a se interessar pela vingança privada e definitivamente, com esse cabedal migra para uma espécie de vingança pública, sistema adotado até os dias de atuais.

Na Grécia antiga, distinguiram-se os crimes públicos dos crimes privados. Os primeiros, correspondentes a conflitos que prejudicavam a coletividade, e, por isso, a repressão não ficava a mercê do ofendido. Ocorrendo empate no julgamento, o réu era absolvido, regra que viajou no tempo e atualmente ocupa o §1º art.615 do Código de Processo Penal.

Os principais tribunais atenienses eram os da Assembléia do Povo, que julgava crimes políticos; o Areópago, competente para julgar homicídios premeditados, incêndios, traição e todos os crimes que cominavam pena capital e o Tribunal dos Éfetas, integrado por 51 juízes, com competência para julgar homicídios involuntários.

Alguns tribunais eram compostos por até 6.000 juízes, tudo na crença de que mais cabeças asseguravam melhor justiça.

Em Roma, no processo penal privado, o Estado atuava como simples árbitro, mas com o passar dos anos, esse processo foi abandonado.

Contextualizando com a doutrina atual do garantismo penal, têm-se que o processo penal hodierno, se por um lado avançou formando o monopólio estatal da justiça, por outro, chamou a si atribuição de julgar crimes de ação privada que mais das vezes poderia ser resolvido por outros métodos de resolução de conflito, alternativos ao processo de justiça criminal, notadamente nos crimes de pequeno ou de médio potencial ofensivo.

Note-se que em Roma, no processo penal público, o Estado atuava como um sujeito de um poder público de repressão e esse tipo de processo prevaleceu ao longo da história. Acusador e julgador se confundiam na mesma pessoa, característica do processo inquisitivo.

Entre os germânicos, devotando valor extraordinário à confissão, o réu que confessava era condenado, características da negociada ou *plea bargaining* norte americana na atualidade e, ao que parece, da solução pretendida pelo Projeto de Código de Processo Penal.

Especial destaque aos Juízos de Deus que, segundo Mittermayer (1871) não era propriamente uma prova, mas uma devolução do julgamento a deus.

No processo penal canônico ou sistema inquisitivo nas legislações laicas, a partir do século XIII, desprezou-se o sistema acusatório, estabelecendo-se o “inquisitivo”.

Abolida a acusação nos crimes de ação pública, o juiz procedia de ofício e em segredo.

Esse sistema canônico, pouco a pouco dominava as legislações laicas, com a peculiaridade da utilização de torturas.

À época, com o lançamento do Manual de Caça as bruxas, publicado em 1.487 na Alemanha, o livro se tornou o mais vendido da época, a exceção da Bíblia. Não há, porém, notícias de métodos alternativos de solução de conflitos nesse período.

Sobre os arbítrios perpetrados no período, Foucault (1987, p.68) pontua:

[...] poder excessivo nas jurisdições inferiores que podem – ajudadas pela pobreza e pela ignorância dos condenados – negligenciar as apelações de direito e mandar executar sem controle sentenças arbitrárias; poder excessivo ao lado de uma acusação à qual são dadas quase sem limite meios de prosseguir, enquanto que o acusado está desarmado diante dela, o que leva os juízes a ser, às vezes severos demais, às vezes, por reação, indulgentes demais; poder excessivo para os juízes que podem se contentar com provas fúteis se são “legais” e poder excessivo dado à gente do rei, não só em relação aos acusados, mas também aos outros magistrados; poder excessivo enfim exercido pelo rei, pois ele pode suspender o curso da justiça, modificar suas decisões, cassar os magistrados, revogá-los ou exilá-los, substituí-los por juízes por comissão real. A paralisia da justiça está ligada menos a um enfraquecimento que a uma mal regulada do poder, a sua concentração em certo número de pontos e aos conflitos e descontinuidades que daí resultam.

Ao longo da história, contudo, a vítima não obteve tratamento uniforme, passando de protagonista, na fase de vingança privada, a mero objeto de provas no processo penal moderno, legitimador de um projeto de vingança estatal.

Nesse sentido, Mazzutti (2012, p.49), ao discorrer que:

Percebe-se, destarte, que a administração da justiça passa da esfera privada para o órgão estatal, cabendo a este a persecução penal e a punição daquele que infringir o regramento legal e social. Registre-se, ademais, que é nesse momento que o direito penal desponta como matéria de ordem pública, notadamente pelo de neutralizar a vítima, a fim de que a lei possa ser aplicada da forma mais humanizada possível. [...] A materialização do processo inquisitivo gerou a neutralização da vítima no processo penal, que deixou de ser focalizada como sujeito do processo, passando o Estado e o acusado a atuarem como protagonistas.

Ademais, na assunção do monopólio jurisdicional para resolução de conflitos penais, o Estado substitui o interesse da vítima pelo interesse abstrato, abandonando a promessa de proteção substancial dos interesses relevantes, e a legitimidade de acusação da vítima, deu lugar a perseguição estatal.

Com a Revolução Francesa no século XVIII, surge na Europa um movimento de combate ao sistema Inquisitivo. Montesquieu condenava as torturas e apregoava a Humanização das penas e Beccaria, a despeito de defender que era necessário o direito de punir do Estado em benefício da sociedade, ressaltavam que esse direito deveria ser exercido dentro dos limites da justiça e da utilidade.

O Processo Penal após a revolução adota um sistema misto, constituído de acusatório e inquisitivo.

No final do século XIX surge um Movimento para extinguir o sistema Inquisitivo de instrução, a exemplo dos Código Austríaco de 1873; Código Alemão de 1877 e Código da Itália de 1913, com evidente influxo liberal.

No Brasil, a judicialização de conflitos criminais está submetido ao Código de Processo Penal de 1.941, que manteve a neutralização da vítima dentro de um sistema repressivo.

À época, com fundamento na Constituição outorgada de 1.937 e com possibilidade de legislar por decretos, Getúlio Vargas passa a legislar, surgindo assim o Código Penal de 1.940 e o Código de Processo Penal de 1941, ambos editados por Decretos-lei.

O Decreto-Lei 3.689 de 1.941 – Código de Processo Penal – editado durante Estado policial, contém em sua exposição de motivos que “O futuro da democracia depende do futuro da autoridade” e ressalta o “[...] incondicional autoritarismo do Estado [...]”, como mecanismo suficiente para a reforma do delinquente.

O Código de Processo Penal recebeu severa crítica de Marques (1998) ao afirmar que cuida de Código elaborado sob os influxos autoritários do Estado Novo.

Com a redemocratização do Brasil e Constituição Federal de 1988 alterou-se a lógica, inserindo o processo como instrumento a serviço da constituição, um mecanismo de efetivação do Estado democrático de direito, garantidor da liberdade, igualdade e participação (contraditório).

De igual forma, Fernandes pontua que (2005, p.16):

Do íntimo relacionamento entre processo e Estado deriva a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional.

Dessa forma, mister uma releitura constitucional do Código de Processo Penal e dos sistema de justiça criminal, com olhos voltados à concretização da participação, por meio do contraditório, a ampliação dos mecanismos de defesa do cidadão perante a violência estatal, assim como a efetivação da promessa constitucional de liberdade e igualdade e participação. Nesse sentido adverte Carvalho (2006, p.04):

[...] o Código de Processo Penal não pode mais ser interpretado à luz dos princípios de uma ordem jurídica superada. A Constituição brasileira é uma carta de princípios por meio do qual o povo assumi um compromisso, um ideário que amolda, tange, direciona toda a atividade do País, delimitando atividades estatais e particulares em busca de um fim comum; e é esse ideário que deve circunscrever o intérprete de suas disposições e de todas as outras leis.

O objetivo do Processo Penal, portanto, será o de dar eficácia aos direitos fundamentais, em todos os seus significados, acesso à justiça, liberdade, propriedade, vida, privacidade, segurança jurídica e segurança pública.

Ademais, a atuação abstrata do Direito Penal na solução de conflitos, respeitando a individualização de condutas e a proporcionalidade, pressupõe que outras instancias de solução não o resolveram a contento ou não são insuficientes a solucioná-lo.

No mais das vezes, muitos conflitos que geram infrações penais de menor potencial ofensivo podem decorrer exatamente porque não foram acionadas outras instancias de solução, formais ou informais, casos em que a via consensual

pode lançar luzes a compreensão do conflito, para a resolução definitiva do problema em benefício à coletividade.

Com efeito, a atuação consensual alcança e dissolve o conflito extrapenal, expandindo conseqüências no conflito criminal. Melhor que a resolução formal da lide, a atividade autocompositiva atua no problema, resolvendo verdadeiramente o conflito.

O que acontece é que diante de conflitos criminais, a vítima historicamente sempre foi esquecida sob a perspectiva do Processo Penal e somente com a Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995), a participação da vítima passou a ter caráter indispensável nessa solução, em virtude da possibilidade de conciliação e transação entre ela e o infrator (MAZZUTTI, 2012, p.96).

Jorge (2002, p.98) assevera que o sistema conciliatório da Lei 9.099/95 é relevante mecanismo de satisfação dos interesses da vítima, preponderando, inclusive, sobre a condenação. A doutrinadora pontua que “a possibilidade de conciliação proporciona o que até então nunca se viu na justiça penal, ou seja, o confronto vítima e agressor”.

Esse primeiro recorte conduz o Processo Penal a um patamar de instrumentalidade constitucional, como eficiente mecanismo de garantia dos direitos dos investigados, ao mesmo tempo em que se preocupa com a função do Direito Penal de proteção dos bens jurídicos fundamentais (ASÚA, 1964, v.1, p.49) das vítimas.

1.4 Diálogo

O procedimentalismo do processo penal vigente é predominantemente desprovido de participação efetiva dos reais integrantes do conflito, não valorizando os interesses do ofendido, ao mesmo tempo em que às vezes tão somente se resume à punição pela punição do ofensor, com pena privativa de liberdade.

Em um processo desenvolvido sob o paradigma punitivista, não há possibilidade de ajuste de vontades entre as partes, e o Estado-juíz é chamado a aplicar a sanção ao caso concreto, sempre sob o crivo do devido processo legal.

A mudança de paradigma que se propõe consiste na introdução do diálogo no processo penal moderno, âmbito comunicacional que proporcione novas

alternativas a contenção da criminalidade por meio da mediação como processo de alteridade.

Sob esse enfoque, o acesso pelo diálogo desfaz o acesso formal à justiça, pela introdução de um diálogo da vida humana, porquanto decorre do fluxo de alteridade a constituição dos indivíduos (BAKHTIN. 1984, p.293):

Viver significa participar através do diálogo: fazer perguntas, escutar, responder, concordar e assim por diante. Neste diálogo, uma pessoa participa integralmente e durante toda a sua vida: com os olhos, lábios, mãos, alma, espírito, com todo o seu corpo e as suas obras. Ela investe todo o seu eu no discurso, e este discurso adentra no tecido dialógico da vida humana, no simpósio mundial.

Nesse sentido, o ser humano, como representação da sociedade civil, passa a exercer importante função dialógica no processo penal brasileiro na resolução de conflitos de interesses em que, a despeito de manter o Estado como detentor do *ius puniendi*, encontra operadores do direito (membros do Ministério Público e delegados de polícia) que sabem compreender, auscultar e até mesmo facilitar o diálogo para o surgimento da composição, não somente por meio de algum tipo de reparação patrimonial, mas, principalmente, pela reconstrução da dilaceração moral resultado da prática delitiva, afinal, conforme ensinamentos de Alves (2013, p.234), “a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em diversas normas a obrigatoriedade da cooperação entre sociedade civil e as instâncias de governo.”

O direito processual penal tradicional, ao longo da história – ao contrário do processo penal em Roma e na Grécia antiga – esqueceu-se de ouvir a vítima, e no conflito entre direito de punir e liberdade, a primeira e última palavra sempre são exercidas pelo Estado, realidade que deve ser superada pelo modelo de administração pública dialógica e por um sistema de resgate da dimensão real, histórica, interpessoal e comunitária do delito.

Sob esse enfoque, em perspectiva crítica ensina Gomes (2013, p.151) que:

Os sistemas de mediação e conciliação (como registra García-Pablos de Molina na obra escrita em conjunto com L.F. Gomes, *Criminologia*, 5. ed., São Paulo: RT, p. 398 e ss.) resgatam a dimensão real, histórica, interpessoal e comunitária do delito. Conseqüentemente propõem uma “gestão” (solução) participativa neste doloroso “problema social”, ampliando o círculo tradicional dos operadores legitimados para nele intervir (inclusão de mediadores, conciliadores, juiz de paz etc.).

A efetiva reparação do dano causado pelo delito, a preocupação com a reinserção social do delinqüente e a pacificação das relações interpessoais e sociais afetadas pelo crime não são consideradas seriamente pelo modelo clássico, que atua guiado mais por critérios de eficiência administrativa do que de justiça e eqüidade. Há, portanto, espaço para o crescimento no Brasil da chamada Justiça restaurativa.

Para além da compreensão do movimento vitimológico, do mesmo modo, o autor do crime pode manifestar seus sentimentos e a forma de enxergar o conflito e, sempre que a autonomia das partes é exercitada, isso pode valer mais para autor e vítima, em termos de efetividade, do que a própria execução de uma sentença penal condenatória sem diálogo, afastando o conflito pontual e rompendo por completo a denominada espiral de conflito.

É certo, porém, que este novo modelo resolutivo deve ser incentivado pelo Poder Judiciário, contudo, a verdadeira cidadania ativa somente ocorrerá por meio da expressão voluntária, fruto do acolhimento e da educação cidadã por uma cultura de paz. Como bem pontua o doutrinador Alves (2013, p.14), “a participação efetiva dos *cidadãos* requer conhecimento informado, é dizer que as informações estejam disponíveis e possam ser compreendidas, utilizadas, contestadas, aperfeiçoadas”.

No modelo resolutivo de diálogo com os prováveis sujeitos processuais, sobressai a “decisão” que mais se aproxima do ideal inalcançável de verdade, porquanto construída não pela convicção do juiz como destinatário das informações parciais, mas pelos próprios personagens que correspondem aos sujeitos da relação jurídica de direito material.

Incentivando o diálogo e o modelo de administração pública dialógica, a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), fomenta a solução pelo diálogo, não somente pelo Poder Judiciário, mas por todas as instâncias administrativas, inclusive ao Ministério Público e aos demais órgãos de persecução criminal quando atuam em instancias administrativas, a exemplo do que ocorre durante a tramitação de um inquérito policial.

1.5 Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa surge em decorrência da impossibilidade apresentada pelo modelo repressivo de superar a crise do sistema punitivo e

consiste – longe de corresponder um utópico modelo definitivo ou de minimalismo penal – em uma alternativa, em patamar de complementaridade.

Ensina Batista (2010, p. 92) que a justiça restaurativa é um instituto viabilizador do acesso à justiça na esfera criminal, que tem como finalidade *diminuir a proliferação da criminalidade, por meio da comunicação*, restaurando os danos advindos do ato, atuando não somente com os envolvidos na infração, mas com os *integrantes derredores*.

O NECRIM como instrumento que viabiliza a conciliação e a mediação constitui um facilitador da construção voluntária de soluções aos sujeitos em conflito, em perfeita consonância com os ideais da justiça restaurativa.

Note-se que fazer justiça deve ser compreendido com Scuro Neto (2000) como:

“fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

A restrição da liberdade como mecanismo superador do castigo e da pena de morte, no Século XVIII, representou profundo avanço no sistema penal. Contudo, o Direito Penal, como forma de promover justiça atualmente, à luz da criminologia moderna, não tem sido visto como *ultima ratio*, isso porque excessos ferem direitos individuais e não atendem aos anseios da sociedade e da vítima, principalmente nas infrações penais de menor relevância.

Como adverte Barratta (2004, p.168), os mecanismos da aplicação das regras, ou seja, o “processo” criminal envolvendo a ação dos órgãos de investigação e culminando no julgamento (criminalização secundária) não defendem todos de modo igual, as penas não são iguais para todos em decorrência da seletividade que, ademais, não atende a danosidade social ou a gravidade das violações.

Com isso, surge a Justiça Restaurativa como alternativa complementar ao paradigma repressivo.

A Justiça restaurativa, definida por Marshall (1999, p.5) como um “processo onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma particular ofensa vem discutir e resolver coletivamente as consequências práticas da mesma e a suas implicações no futuro”.

Portanto, trata-se de mecanismo de reconstrução dos laços rompidos pela prática do crime, com empoderamento dos sujeitos envolvidos e da sociedade para que alcancem, não somente a decisão mais justa, mas aquela que envolva a alteridade e corresponda, porque não, a reeducação para uma cultura de paz.

Identificada como um modelo de reação ao delito denominado integrador, a justiça restaurativa visa desenhar uma luta contra a criminalidade de forma ponderada e equilibrada, focando em métodos que consensualmente integrem ofensor, vítima e comunidade para a solução do conflito, reparação dos danos e pacificação social (MOLINA; GOMES, 2006).

Nesse sentido, leciona Pinto (2005, p.20):

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal,, relativamente, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

A Organização das Nações Unidas (ONU) recomenda aos Estados-membros a adoção da Justiça Restaurativa em todas as fases do procedimento criminal, definindo processo restaurativo como qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).

Dessa forma, mecanismos previstos no Brasil como reparação civil, mediação, conciliação e transação penal podem contribuir, naqueles delitos de menor ou de médio potencial ofensivo, como alternativas à restrição de liberdade

clássica, com a ressalva de que quando a Justiça Restaurativa não solucionar o conflito, o procedimento deverá ser judicializado, da forma prevista nas disposições processuais penais.

Na linha dos ensinamentos de Brega Filho (2003, p.98), o “esquecimento da vítima” perdurou por muito tempo no direito brasileiro:

Esse “esquecimento” da vítima perdurou por muito tempo no direito brasileiro e somente em data recente a situação vem se revertendo. Algumas leis editadas nos últimos dez anos procuram introduzir instrumento e penas para garantir a reparação do dano... Como vimos, há muito tempo a legislação brasileira tem se preocupado com a vítima, mas com exceção do Código Criminal do Império, isso tem sido feito de maneira muito insipiente.

No Brasil, as Leis 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, introduziram no sistema penal pátrio a possibilidade de adoção de medidas alternativas mediante o consenso informado entre os principais envolvidos flexibilizando, sobremaneira, os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade, este decorrente da legalidade, inserindo sobre o assunto a discricionariedade regradada ao Ministério Público.

Nessa esteira, considerando que no sistema constitucional brasileiro às Polícias Cíveis e Federal, integram instâncias formais de investigação que, como tal, na visão de Baratta (2004) fomentam à criminalização secundária, surgem os espaços de consenso, como ocorre na transação atribuída ao Ministério Público e no modelo dos Núcleos Especiais Criminais de Mediação, estes fomentados pelo delegado de polícia, incentivador de uma nova Política Criminal pautada essencialmente no resgate da dimensão ética.

Com efeito, com os exemplos citados verificamos, portanto, a implementação pelo Brasil de um modelo de justiça criminal alternativo, ou em alternativas à justiça criminal, ressalte-se, circunscrito à complementaridade dos demais sistemas e que pode representar o caminho do meio para o enfrentamento da massificação de criminalidade.

Note-se que as técnicas restaurativas sempre foram utilizadas no seio das famílias, em especial por aquele ancião que busca a aproximação pelos conselhos e consenso, resultados de suas experiências decorrentes dos percalços da vida.

A respeito disso, a instituição família somente sobrevive até o presente momento graças a confiança, alteridade e solidariedade depositadas entre seus integrantes, principalmente, pelo constante espírito conciliatório e restaurativo,

porquanto o modelo impositor ou de predomínio de um dos pólos restou derrocado no século passado.

Idêntica crise vivencia o processo penal brasileiro, em que seu fim último pela visão tradicional, aplicação da sanção penal como meio de reforma do delinqüente, pode ser superada por meio de uso de múltiplas possibilidades conciliatórias, que não consistem apenas na transação penal, mas em infinitas possibilidades de participação popular na persecução criminal, dentre as quais, incluem-se as técnicas desenvolvidas nos Núcleos Especiais Criminais.

1.6 Modelo Dialógico de Acesso à Justiça e de Administração de Conflitos Criminais

Compreende-se como administração pública dialógica, um modelo de administração pública, fundamentado no Estado Democrático de Direito que possibilita a efetiva interatividade comunicativa dos particulares nas instâncias decisórias do Poder Público.

Conforme ensina Lima (2013), a administração pública dialógica se caracteriza, essencialmente, por empreender uma concepção democrática da função administrativa nos seus mais diversos segmentos; fomentar o emprego da consensualidade no trato das matérias ou questões públicas; destacar a politização do cidadão com vista a participar efetivamente na formação da decisão estatal; e trabalhar relações talhadas, sempre que possível, na reciprocidade comunicativa.

O modelo de administração pública dialógica sintetiza a teoria do discurso na validade das normas de ação, em que concordariam, na qualidade de participantes de discursos racionais, os cidadãos possivelmente afetados por elas (HABERMAS, 2003, p.321).

A razão comunicativa de Habermas (2003), o racional está afeto ao ato comunicacional, uma nova compreensão da formação social, considerado e identificado como um processo dialógico.

Nas lições de Botelho (2010, p.63):

No paradigma da comunicação proposto por Habermas, o sujeito cognoscente passa a ser definido não mais pela sua relação com objetos, em que pressupõe-se conhecê-los ou agir através deles, visando dominá-los. O sujeito define-se durante um processo de desenvolvimento histórico, submetido, portanto, às contingências históricas e culturais, sendo levado a

entender-se junto com outros sujeitos, que partilham o mesmo horizonte do mundo da vida [...].

Com efeito, o paradigma do Estado Democrático de Direito impõe o modelo de administração dialógica – que se afasta do modelo autocrático-centralizador –, e os fundamentos constitucionais estão no art. 1º, inciso II, na compreensão de cidadania, com base na democracia participativa e sua inseparável relação dialógica com o Poder Público.

Conforme ensina Giacoia (2002, p.28), é necessário acompanhar o processo de contínua recomposição das forças sociais:

Sabe-se que as forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição. É preciso que o pacto social acompanhe essa renovação. Dinamo de um novo tempo, a atualização do contratualismo há que se ancorar *na doutrina dos direitos humanos*, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história sob signo da dignidade. O homem começa a perceber que nem sempre os que ditam as regras são os donos da verdade. Não enxergam eles o abismo existente entre sua posição social e a daqueles outros protagonistas da sociedade, aqueles propriamente para os quais as regras foram ditadas.

Diversos dispositivos constitucionais mencionam a participação da comunidade na tomada das decisões, a exemplo da saúde pública com participação da comunidade (art. 198, inciso III) e gestão democrática do ensino público (art. 206, inciso VI).

Somente um exercício da liberdade social, fundada em um agir cooperativo levará as pessoas, a agirem de maneira solidária, justa e não competitiva, assistida pelo Estado facilitador, caracterizadora de uma liberdade moral. Nesse aspecto, os ensinamentos de Simim (2016, p.651), em Uma crítica da reconstrução normativa de O direito da Liberdade de Axel Honneth:

A vontade livre é descrita da seguinte forma: o exercício da liberdade negativa se daria pelo direito abstrato, que é a indeterminação no mais alto grau; o segundo tipo de liberdade estaria na moralidade, caracterizada, ao contrário da primeira, pela forte determinação. A liberdade social efetiva consiste na reconciliação desses dois tipos mais elementares e, por isso, oscilaria entre as posições parciais de liberais e comunitaristas. A síntese dialética entre as liberdades jurídica e moral, entre liberdade universal e determinação, se dá na liberdade social, cunhada pelo termo *ser-consigo-mesmo-no-outro* [*Im-Anderen-bei-sich-selbst-sein*], ou seja, uma liberdade no sentido cooperativo e não concorrente, um ser com e não contra.

Essa análise é necessária, porquanto grande parte da persecução criminal é desenvolvida em instancias administrativas, vale dizer, desde a instauração do inquérito policial ao oferecimento da denúncia, a maioria das decisões tomadas antes do recebimento da denúncia ou da queixa-crime ou a resolução do pedido de arquivamento, não ocorrem dentro da relação processual, são decisões do Poder Público, maximizadas pela moralidade.

Com efeito, apesar das peculiaridades da persecução criminal, seu desenvolvimento não deixa de constituir-se em um conjunto de decisões que devem estar revestidas da participação comunicativa dos sujeitos possivelmente afetados, ou seja, indiciado, investigado, acusado e vítima.

Nesse sentido, as audiências de custódia, além de imposição do Pacto de San José da Costa Rica, representam uma faceta da participação não concorrente do atuado, como mecanismo de acesso ao processo penal, ou melhor, acesso à verdadeira justiça.

Direcionando para um modelo de maior participação dialógica, a Lei 13.245/2016 alterou dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que possibilitou aos advogados maior acesso aos elementos de provas durante a fase investigatória, o que em última análise significa não o contraditório no Inquérito Policial, mas a possibilidade dialógica de participação do interessado perante o Poder Público, o que afasta a investigação do modelo de administração pública patrimonial, aquela de gestão pública autocrática, de atuação funcional pessoal e sem a participação administrativa, característica do Estado Legal de Direito, para um modelo de administração pública dialógica, de gestão pública democrática, atuação funcional consensual, participação administrativa necessária, decorrente do Estado Democrático de Direito.

Por evidente que a participação administrativa encontra limites, assim como previsto no §11 do art. 7º da Lei 8.906/1994 (BRASIL, 1994) (EOAB), com a participação diferida, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Note-se que o consenso pode facilitar o acesso à justiça e a estabilização do regime democrático.

García-Pelayo (2009, p.204), sobre pluralismo e participação no processo decisório afirma:

de un lado, un área de libertad o de autodeterminación interna para las organizaciones sociales, y, de otro, un área de participación o de codeterminación en las decisiones de los órganos públicos que las afecten. En resumen, el pluralismo significa la translación a las organizaciones sociales de los derechos predicados para los individuos por las democracias liberales. Podemos, siguiendo a Briefs, definir al Estado pluralista como aquel cuya política y formación de voluntad están influidas, cuando no dirigidas, por la lucha y el compromiso entre poderes económicos y sociales establecidos al margen del ámbito estatal.

Com instrumentos de acesso à justiça criminal, seja por meio de acesso ao Poder Judiciário, seja por meio de facilitadores desse acesso, ou até mesmo pela implementação de mecanismos negociais ou consensuais que evitem o ingresso ao Judiciário ou facilite a saída, o Poder Público está densificando o direito fundamental de acesso à justiça penal, com a ressalva de que ao mesmo tempo expande os limites da democracia como direito fundamental.

Afinal, o conteúdo jurídico da democracia é apresentado como próprio direito fundamental, na lição de Alves (2013, p.25):

Por isso, a democracia na contemporaneidade assume a dupla função de legitimar constitucionalmente os direitos fundamentais, na medida em que ela se identifica com a própria substância da Constituição e do Estado (democrático) de direito, e de constituir-se em direito fundamental, já que a maioria dos sistemas constitucionais ocidentais contemporâneos prevê expressamente formas de participação popular para além dos mecanismos clássicos de representação política.

Portanto, torna-se imprescindível no processo penal a efetiva participação do imputado e da vítima na compreensão significativa de suas ações, porquanto, o resultado de eventual sentença condenatória ou absolutória refletirá diretamente em seus interesses. Como o processo penal pode servir à imposição de mandamento condenatório de restrição da liberdade, a participação informada das partes recebe contornos que suplantam o exercício de ampla defesa e contraditório, resgatando o ser da condição de minoridade infantil e da submissão, ao controle para um projeto de sujeito da política.

A propósito, ensina Zagrebelsky (2011, p.143):

A democracia crítica quer tirar o povo da passividade e também da mera reatividade. Quer fazer dele uma força ativa, capaz de iniciativa e, portanto, de projetos políticos elaborados por si mesmo. Em resumo: quer um povo que seja sujeito da política, não objeto ou instrumento.

Portanto, democracia não se alcança em estruturas fechadas e essencialmente institucionalizadas, mas diante da efetiva participação informada dos indivíduos prejudicados. Assim se expressa Aguiar (2000, p.317):

Democracia não significa participação em sistemas piramidais necessariamente institucionalizados ou em vetores controlados hierarquicamente. Democracia é informalidade, é movimentação social, é rede que se bifurca em cada instante, levando mensagens, transformando textos e contextos, criando identidades, forçando as portas, unindo e desunindo, tecendo e descosturando, vislumbrando outros horizontes e dando aos antigos outras significações, urdindo novos valores, empurrando os lentos, sensibilizando os apáticos, dando carne aos que não a tem, espírito aos que se assumem como ocos, desregrando os poderes e construindo antipoderes, indo ainda mais longe, vislumbrando novas práticas democráticas de não-poder. Democracia é o caos participativo a caminho do não-poder e do reconhecimento do outro como igualdade e diferença. Democracia é o universo das práticas de liberdade que se manifesta por via de uma rede anárquica que parece ser controlada pelas instituições formais, mas que escapa a esse controle e vai fazendo surgir os novos seres humanos e as novas formas de relação entre eles.

Com o otimismo de Bitencourt (2009, p.237), pode estar surgindo uma nova e promissora teoria geral do delito, fundamentada na análise da teoria da ação comunicativa de Habermas.

Enquanto isso, no aspecto processual penal, é possível, independentemente de alteração legislativa, a mudança do paradigma conflituoso, de conceito ontológico, para a humanização do processo pelo diálogo, com conseqüente aproximação da justiça material, expressão do caráter finalista do Direito Penal, identificado como proteção eficiente dos bens jurídicos fundamentais, alicerce da sobrevivência da ordem jurídica.

2 CONSENSO NO PROCESSO CRIMINAL

A partir da década de 90 do século passado o Brasil ingressou em um modelo de política criminal de progressão dissuasória, próximo aos denominados “Movimentos de Lei e Ordem”, o que é caracterizado, essencialmente, pela edição da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), de cunho sobejamente conflituoso.

Como alerta Grinover (2005), suas notas marcantes são o aumento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas, sanções desproporcionais e endurecimento da execução penal.

Ademais, “O colossal incremento da criminalidade, derivado sobretudo do modelo socioeconômico injusto vem gerando uma forte demanda de “políticas criminais duras” – que têm por base o mito populista de eficiência da repressão criminal (GRINOVER, 2005, p.47).

Alerta Bauman que (1999, p.74):

No cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Com sua base material destruída, sua soberania e independência anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as mega-empresas [...]

No tocante à criminologia, vivenciamos um modelo dissuasório e repressivo, próprio dos estudos tradicionais de criminologia, em que o poder repressivo do Estado, combinado com a sobreposição da pena como castigo, representam a cura ao fenômeno criminal.

Recolocando o crime como um problema comunitário e social, expoente da criminologia moderna, Baratta Lnortheastapresenta novo discurso para o pensamento criminológico, em contraponto a criminologia tradicional, ensinando que:

El paradigma etiológico supone una noción ontológica de la criminalidad entendida como una premisa preconstituida a las definiciones y por tanto también a la reacción social, institucional o no institucional, que pone en marcha esas definiciones. De esta manera quedan fuera del objeto de la reflexión criminológica las normas jurídicas o sociales, la acción de las instancias oficiales, la reacción social respectiva y, más en general, los mecanismos institucionales y sociales a través de los cuales se realiza la definición de ciertos comportamientos calificados como "criminales" (BARATTA, 2004, p.223).

Contudo, na contramão à política “de combate” e criação de “inimigos públicos”, insito à ideia de participação comunitária e social, surge a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995), que inaugura no modelo de justiça criminal brasileiro os denominados espaços de consenso, com a introdução da discricionariedade regrada do Ministério Público, possibilidade de transação penal, suspensão condicional do processo no que tange a ação penal pública incondicionada e a extinção da punibilidade pela composição civil, nas infrações de menor potencial ofensivo, em que as ações penais são de iniciativa privada ou públicas condicionadas.

Nesse caminhar comunicativo, importante observar a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), marco regulatório da autocomposição no Brasil, com importantes repercussões que poderão advir às atividades de persecução criminal e às políticas de segurança pública no país, ao disciplinar a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Para além de imprimir segurança jurídica, alinhando-se ao movimento global de autocomposição, o dispositivo legal reafirma o importante papel de pacificação social desenvolvido fora da relação jurídica processual, avançando para uma nova perspectiva de disseminação da cultura de soluções consensuais, inclusive na ambiência da Administração Pública e na investigação criminal, conforme analisado, realizada essencialmente no âmbito da administração pública.

Com a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), surgem importantes e novas possibilidades dialógicas de mediação e conciliação – a lei não considerou a diferença técnico jurídico entre mediação e conciliação – a exemplo da novidade prevista no art. 3º, que admite como objeto de mediação, o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, com a ressalva de que o consenso pode ser parcial.

Note-se que presente o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverá ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Com efeito, andou bem o dispositivo legal, porquanto, ao menos em tese, admite a composição (parcial), que denominamos incidental ao Inquérito Policial. O dispositivo concretiza proteção eficiente à vítima – não revitimização –, ao menos no aspecto patrimonial, nos crimes de ação penal pública, ainda que incondicionada.

Aspecto importante na lei é a resolução de conflitos no âmbito da administração pública, o que vai ao encontro à denominada teoria da administração dialógica. A mudança de paradigma que se exige da sociedade deve partir do exemplo da administração, o que significará importante avanço e novo olhar à política criminal no Brasil.

A Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015) constitui fundamentação legal posta para inúmeras posições defendidas nesta dissertação, bastando, para tanto, a concretização dos dispositivos legais da nova lei, ajustados que estão à Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) (Lei dos Juizados Especiais Criminais), proporcionando acesso à justiça, em tempo razoável, com consequente disseminação da cultura de paz.

2.1 Meios Alternativos de Solução de Conflitos

As noções de mediação conciliação e negociação, não raro, são compreendidas como sinônimas, inclusive pelo legislador, operando dúvidas, que resvalam, ainda, na correta compreensão da natureza jurídica da arbitragem.

Por esses motivos, importantes as breves considerações.

Os métodos de solução de conflitos são divididos em autotutela, autocomposição e heterocomposição.

Na autotutela, as próprias partes compõem o conflito de interesses por meio da força. São resquícios da autotutela na sociedade moderna a legítima defesa, a auto executoriedade dos atos administrativos e o direito de greve no direito do trabalho, certo que em um Estado Democrático de Direito qualquer excesso deve ser evitado.

E, para o Direito Penal, casos de autotutela não autorizados podem, inclusive, constituir elemento objetivo do tipo penal incriminador exercício arbitrário das próprias razões.

A autocomposição é caracterizada pelo sacrifício de uma das partes ou de ambas e são reconhecidas no direito processual como submissão, desistência ou transação.

Na *persecutio criminis*, as disposições da Lei 9.099/1995 (BRASIL, 1995) constituem mecanismos modernos de realização da autocomposição.

A maioria dos métodos alternativos à jurisdição destinados à solução de conflitos integram a autocomposição.

Observe-se, porém, que na mediação e na conciliação não é o terceiro quem resolve o conflito, mas os próprios interessados. Na heterocomposição, um terceiro é autorizado pelas partes a resolver o conflito em seu nome.

No direito brasileiro, somente se admite a autocomposição se presentes partes capazes, presença de direito disponível e o consenso entre as partes. Não de maneira diferente o direito material cuida das causas determinantes da anulabilidade do negócio jurídico como incapacidade relativa do agente, vícios do consentimento e situação particular em que se encontre determinada pessoa (GOMES, 1979, p.528).

Os mecanismos autocompositivos experimentaram distancia do processo penal moderno, e no Brasil, pelo menos até a previsão no art. 98, I, da Constituição Federal, reinou o modelo da fracassa Justiça Criminal Conflitiva.

Para Bitencourt (2009, p.654), a Conciliação Judicial, consubstanciada na transação penal, pode representar o marco de uma nova forma de prestação jurisdicional, para quem:

A transação penal vem sendo apontada como uma das mais importantes formas de despenalizar na atualidade, sem descriminalizar, aduzindo-se, entre outras razões, as de procurar reparar os danos e prejuízos sofridos pela vítima, ser mais econômica, desafogar o Poder Judiciário, evitar os efeitos criminógenos da prisão.

Na linha do pensamento dos idealizadores do Projeto de Criação dos Juizados Especiais Criminais, a transação penal integra modelo de justiça participativa e resolutiva em que se substitui, com vantagens, o conceito de *verdade material* pelo de *verdade consensual* (RIPOLLÉS, 1990, p.193).

Com esse pensamento, conclui Bitencourt (2009, p.657):

[...] esse novo conceito de verdade, segundo Luhmann, evita-se que o autor do fato sofra as frustrações naturais decorrentes de uma decisão que contrarie suas expectativas, necessitando adaptar-se à nova situação, que, às vezes, exige demasiados esforços pessoais. Com a verdade consensual essa predisposição de acerto parte de dentro do autor da infração penal, com um valor pessoal, com uma disposição anímica diferente, espontânea, com grande probabilidade de êxito.

Por outro lado, sob o olhar das vítimas, muitas vezes todas suas expectativas são atendidas com o procedimento consensual, porquanto não é de seu interesse sustentar um custoso processo criminal.

Não se desconhece, contudo, as críticas a transação penal, essencialmente relacionadas à ausência de comunicação e laconicidade do legislador, exigindo do Ministério Público e do Magistrado, soluções racionais e com maturidade.

Ao lado da transação penal, mecanismos conciliatórios e negociais, devirados do paradigma comunicacional estão gradativamente sendo introduzidos no Direito Penal e no Processo Penal Brasileiro, a exemplo da suspensão do processo, composição dos danos, acordo de delação premiada etc, com o condão de atender ao interesse dos sujeitos em litígio, com conseqüente facilitação de acesso à justiça criminal, compreendida em todas as fases da persecução.

No que tange a heterocomposição, método adversarial de solução de controvérsias, constitui meio de solução de conflitos tradicional no processo penal, desde que o Estado assumiu o monopólio de aplicação da lei penal, realizado por terceiros que substitui a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado (DIDIER JR., 2011, p.90).

São exemplos de heterocomposição a função jurisdicional no processo penal e os equivalentes jurisdicionais, como os tribunais administrativos e a arbitragem nos processos não penais.

2.1.1 Mediação

A mediação e a conciliação tem em comum serem métodos alternativos à solução de conflitos e correspondem aos mecanismos autocompositivos de conflitos promovidos pelo consentimento espontâneo, legítimo meio alternativo de pacificação social e que avança no direito brasileiro, mitigando o dogma da exclusividade estatal na solução de conflitos de interesse.

Nesse sentido, a Lei 13.140/2015, de 26 de junho de 2015 (BRASIL, 2015), definiu mediação no parágrafo único do artigo 1º como sendo a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, os auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Cuida-se de técnica autocompositiva, definida por Silva (2004, p.13) como:

Uma técnica de resolução de conflitos não-adversarial que, sem imposições de sentenças ou laudos e, com profissional devidamente preparado, auxilia as partes a acharem os seus verdadeiros interesses e preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganham.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2015) considera que:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

Ainda, para o CNJ, tanto a mediação quanto a conciliação são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual.

O artigo 2º da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015) acrescentou, ainda, como princípios orientadores da mediação a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé.

2.1.2 Conciliação

Derivado do conceito do CNJ (2015), conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

O legislador, porém, na redação da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), de 26 de junho de 2015 utiliza a expressão conciliação nos artigos 24, 36, §4º e 41, sempre ao lado da expressão mediação, sem contudo, diferencia-las.

Dos pontos de coincidência entre mediação e conciliação foram revelados pela submissão voluntária do conflito a um terceiro facilitador, em que as partes deixam de ser meras expectadoras, para atuar de forma ativa na construção da solução, fundamentada na autonomia da vontade.

Tecnicamente, porém, mediação é destinada a causas mais complexas em que os mediadores apóiam as partes para que delas decorra a solução do

problema, a exemplo da aplicação da técnica na mediação familiar, enquanto na conciliação, o terceiro, embora imparcial, sugere possíveis soluções ao conflito.

Com isso, esses métodos de autocomposição, podem e devem ser aplicados na primeira fase da persecução criminal, por meio da composição dos danos ou pelo estabelecimento de obrigações de fazer ou de não fazer.

2.1.3 Negociação

Calmon (2007, p. 113) define negociação como “o mecanismo de solução de conflitos com vistas à obtenção da autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador”.

Importante notar que diferente do processo de mediação e de conciliação que exige a presença de um terceiro imparcial, na justiça negociada, as partes utilizam com mais rigor de estratégias, inclusive com demonstração do uso da persuasão e até mesmo da força com a finalidade de demover a outra a aceitar algo, porquanto o ponto de chegada não será o consenso.

Sob esse aspecto, o processo penal apresenta inúmeras hipóteses de negociação, correspondentes a meios de investigação, com a ressalva de que nem sempre o acordo decorrente da negociação ocasiona a extinção do processo, pelo contrário, muitas vezes o acordo no processo criminal ocasiona novos conflitos, muito positivos para o Estado, como o esclarecimento de vários crimes e indicação de autoria de delitos ou recuperação e repatriação de bens e valores, como ocorre na colaboração premiada, presente no ordenamento jurídico brasileiro .

Outra distinção perceptível é que normalmente a negociação não se destina aos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo.

Note-se que institutos como o *plea bargaining* do direito norte americano e a colaboração premiada prevista no Brasil podem ser considerados métodos negociados, dentre outros.

A primeira, a *plea bargaining*, que não se confunde com a transação penal prevista na Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995), consiste na negociação travada entre partes parciais, a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do

qual o réu não assume a culpa, mas assume a posição de não discussão, vale dizer, não contender.

Estima-se que entre 80 e 90% dos processos criminais nos Estados Unidos não tenham análise de mérito, diante da aplicação de técnicas comunicativas de negociação.

Apesar da aparente eficácia, tem sido sustentado pela doutrina brasileira que a *plea bargaining* constitui flagrante inconstitucionalidade e inconveniente sua adoção no Brasil em decorrência da supressão da jurisdição, ou mesmo pela antecipação de pena sem o devido processo legal.

A transação do direito brasileiro nem de longe tem semelhanças com o sistema norte americano, primeiro porque não há assunção de culpa e segundo porque eventual discussão de culpabilidade somente ocorreria mediante o devido processo legal.

No que tange a colaboração premiada, decorre de uma negociação realizada em quaisquer das fases da persecução criminal, em que o delegado de polícia ou o promotor de justiça, agindo em nome do Estado negociam com o investigado e seu defensor acerca de uma sanção premial que, inclusive, pode alcançar o perdão judicial, caso o colaborador auxilie o Estado na obtenção de provas ao esclarecimento de crimes.

A previsão legal está em leis como a de crimes hediondos, a que trata de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a Ordem Tributária e na Lei de Crime Organizado, dentre outras.

A Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), que trata de organizações criminosas proíbe o magistrado de participar da negociação, porquanto não deve ser interessado nas investigações.

Tão somente o colaborador, seu advogado, o delegado de polícia e o representante do Ministério Público participam (art. 4º, § 6º).

O acordo em seguida será formalizado com o relato do colaborador e eventuais resultados pretendidos e estabelecidas as condições da proposta do Ministério Público e da autoridade policial. Com a declaração de aceitação do investigado e do respectivo defensor o documento, juntamente com a investigação são encaminhados ao juiz para homologação.

Contudo, propostas de pseudo “espaços de consenso” no processo penal brasileiro devem ser analisadas com cautela, a exemplo do Anteprojeto de Código

de Processo Penal (PLS nº 156/2009) com a pretensão de introdução de novos ritos processuais e conseqüente sumarização do procedimento e antecipação do juízo condenatório, após negociação entre Ministério Público e o acusado, com solicitação, mediante confissão deste, de aplicação da pena mínima nos crimes punidos até 8 anos de prisão (artigo 271).

Tanto a *plea bargaining* como o art. 271 do Projeto recebem críticas de Campos (2012, p.21), procurador da república:

Sob outro viés, a *plea bargaining* é, em geral, obtida após o emprego, pela acusação, de alguma dose de coerção. A própria possibilidade, assegurada aos promotores estadunidenses, de acusarem o réu por crime mais grave caso não aceitem a proposta, ou de recomendarem a aplicação de pena mais severa – o que não existe no Brasil –, por certo funciona como forte pressão sobre a decisão a ser tomada pela pessoa acusada. Para agravar o quadro, a *plea bargaining* normalmente se obtém em ambiente privado, em reuniões com a presença exclusiva das partes (acusação, réu e defensor), longe dos olhares do público em geral, o que dificulta a compreensão pela sociedade dos mecanismos de funcionamento da justiça.

Note-se que a metodologia de negociação, inclusive sob o ponto de vista das investigações, não tem qualquer tipo de semelhança com as técnicas autocompositivas, isso porque, sob o enfoque da justiça restaurativa, não há imposição.

É bem verdade que mesmo na mediação e na conciliação as partes utilizam certo grau de estratégias ao aceitar ou não a proposta, mas o conteúdo de litigiosidade é muito mais acentuado na negociação, inclusive com utilização da teoria dos jogos a justificar a tomada de algumas posições, palco de inúmeras críticas que recaem sobre o conteúdo ético de algumas delações.

Com efeito, ressalte-se que o modelo de persecução criminal resolutive deve avançar cada vez mais, inclusive na maior implementação das técnicas de negociação que interfiram no processo penal e na proteção suficiente do Estado, sem restrição de direitos, como maneira de dinamizar as investigações e o inquérito policial, contudo, são inconfundíveis com as técnicas de mediação e de conciliação.

Nesse sentido, ressalte-se, é que deve ser estimulado o uso de técnicas autocompositivas em investigações criminais e na instrução criminal, mesmo diante de crimes de ação penal pública incondicionada, como forma de minimizar os efeitos deletérios do crime à vítima, a exemplo da possibilidade de formulação de acordo incidental para fixação de valor mínimo de indenização, ou até mesmo de técnicas

de mediação e de negociação que eliminem outros conflitos não penais, desde que as partes estejam devidamente representadas e informadas.

2.1.4 Arbitragem

À jurisdição é o poder estatal atribuído para que o Estado-juiz, na condição de terceiro imparcial, resolva (função) de forma imperativa e definitiva os conflitos de interesses. Com a retirada do poder de autotutela entre os particulares, o Estado assumiu para si a responsabilidade de compor os conflitos e, se necessário, impor o poder do estado para o cumprimento de suas decisões.

Com efeito, tem-se na jurisdição, definido por Chiovenda (2000), como a *substitutividade*, a técnica de solução de conflitos (heterocomposição) por um terceiro imparcial. Na atividade jurisdicional, em regra, o Estado-juiz é inerte, identificando-se a ação como direito de provocar a jurisdição responsável pela formação da relação jurídica processual.

Contudo, conforme assevera Bacellar (2010) vivenciamos uma crise da jurisdição, especialmente em decorrência vigente paradigma da guerra.

Essa crise, para o doutrinador e juiz de direito é um obstáculo ao acesso à justiça em razão do alto custo; demora; formalismo inútil e excesso de recursos.

Ademais, o ineficiente acesso ao público, linguagem rebuscada e a ineficácia das decisões provoca o afastamento do povo ao mecanismo jurisdicional.

Diante desse Monopólio, da crise de legitimidade social é que ressurgem com toda força os equivalentes jurisdicionais autotutela, autocomposição e dentre os métodos heterocompositivos, a arbitragem.

Prevista na Lei 9.307/1996 (BRASIL, 1996), a arbitragem possibilita que as pessoas capazes escolham um terceiro imparcial para resolução de seus conflitos, obtendo, pela Lei 13.129/2015 (BRASIL, 2015), reformulação que ultrapassa a recorrente discussão acerca de sua possibilidade de aplicação na Administração Pública.

A Lei 13.129, de 26 de maio de 2015 alterou a Lei 9.307/1996 a possibilitar a arbitragem na administração pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Observe-se que a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta, para a celebração de

convenção de arbitragem será aquela com atribuições a realização de acordos ou transações (BRASIL, 2015).

Aplicando maior efetividade a arbitragem, os art. 22-A e 22-B da Lei 9.308/1996 possibilitam a adoção de tutelas cautelares ou de urgência, ao assentar que antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência e que, instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Estabelece o parágrafo único do art.22-B que já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros (BRASIL, 1996).

A arbitragem é incompatível com a aplicação da pena restritiva de liberdade, monopólio estatal, mas poderá contribuir, *de lege ferenda*, para solução de conflitos penais, no que circunscreve às questões disponíveis que circundam ao processo criminal, a exemplo de aprimoramento do art. 93 do Código de Processo Penal a fim de incluir possibilidade de suspensão do processo para aguardar solução arbitral, em questões prejudiciais heterogêneas facultativas ou devolutivas relativas.

Da análise superficial da arbitragem, tem-se que não constitui mecanismo consensual de resolução de conflitos, senão técnica conflituosa decorrente da heterocomposição, que pode ser utilizada na persecução criminal para solução de conflitos que não digam respeito à aplicação de pena.

2.2 O Consenso em Matéria Criminal em Portugal

A mediação esta presente em diversas culturas, religiões e grupos sociais, desde a antiga China do Século V a.C., apregoada por Confúcio, passando pelos deveres do chefe Cheyenne, o de atuar como pacificador e mediador, assim como pela adoção nos Estados Unidos, no pós-guerra, com o modelo representado pela sigla ADR (*Alternative Dispute Resolution*), destinados a diminuir o imensurável número de processos presentes no Poder Judiciário.

Atualmente diversos países utilizam a mediação em matéria criminal, interligado com o movimento global de aplicação de justiça restaurativa, prevista na Resolução nº 2002/2012, da 37ª Sessão Plenária, de 24 de Julho de 2002, quando o

Conselho Econômico e Social, reportando-se à sua Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, na qual o Conselho requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa.

Atente-se que justiça restaurativa, conforme analisado, integra um conjunto de ações em matéria criminal que permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, com possibilidade de reparação dos danos, que se vale de vasto conjunto de instrumentos, dentre os quais está a mediação.

A mediação, por seu turno, encontra aderência não somente em matéria criminal, mas diversos outros ramos do direito, assim como tem sido utilizada em ambientes escolares, empresariais e em conflitos internacionais. Destaque-se os movimentos de pacificação internacional de grande importância desenvolvido por Nelson Mandela, João Paulo II e Jesus Cristo.

Em Portugal, a mediação penal surge em 2001, em um primeiro momento com menores, assim como no Brasil e em seguida com adultos, conforme ensina (COSTA, 2009, p.18):

A 1 de Janeiro de 2001 surgiu em Portugal, através da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e da Lei Tutelar Educativa, a prática de mediação em matéria penal com menores. Até então o sistema de justiça português de menores intervinha indiferenciadamente face às problemáticas em causa, podendo nomeadamente ser aplicada a mesma medida a menores em perigo e menores autores de práticas ilícitas. Com a publicação desta lei, foi possível orientar e adequar as medidas aplicadas às problemáticas apresentadas. Distinguem-se a partir de então duas leis, uma para menores em perigo, outra para menores delinquentes.

Esta lei integra uma nova dimensão. Se a anterior assume um carácter tendencialmente proteccionista, esta contempla, para além da inerente componente punitiva, um carácter responsabilizador, reparador e pedagógico, que resulta em parte da prática de mediação penal agora contemplada no artigo 42º da Lei Tutelar Educativa: “1 - Para realização das finalidades do processo, e com os efeitos previstos na presente lei, a autoridade judiciária pode determinar a cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação. 2 - A mediação tem lugar por iniciativa da autoridade judiciária, do menor, seus pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou defensor.

Costa ensina ainda que em 2007 surge em Portugal a mediação criminal envolvendo adultos (2009, p.18):

Em 12 de Junho de 2007 legisla-se em matéria de mediação penal com adultos com a elaboração da lei nº 21/2007 através da qual é criado “o regime de mediação penal em processo penal.” (artº 1), com revisão prevista findos dois anos. A esta lei, está associado um conjunto normativo: Portarias de 22 de Janeiro de 2008, 68-A/2008, com o modelo de notificação de envio do processo para mediação penal; 68-B/2008, com o regulamento do procedimento de selecção dos mediadores penais; 68 – C/2008 com o regulamento do sistema de mediação pena; e o Despacho 2168 – A/2008 de 22 de Janeiro de 2008, sobre remuneração do mediador penal. Foi responsável pela sua implementação a Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, actual Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios do Ministério da Justiça.

Tais disposições preveem que a mediação ocorrerá na fase de inquérito e que tanto a iniciativa como a validação do acordo são atribuições do magistrado do Ministério Público, conforme ensina Costa (2009, p.19). Confira-se:

A remissão do processo para a mediação penal está delimitada à fase processual de inquérito. Toda a iniciativa, e ainda a validação de acordo, pertencem ao magistrado do Ministério Público, fazendo respeitar o previsto na lei: “no acordo não podem incluir-se sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendem a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se prolongue por mais de seis meses.” (art. 6º, nº 2).

Como já constatado, a prática de mediação penal em Portugal baseia-se em legislação específica. O seu efeito é permissivo na medida, em que confere a uma entidade competente (juiz no caso de menores, magistrado do Ministério Público no caso de adultos) o poder discricionário de desviar o processo judicial para a via da mediação penal. Todavia, para o término do processo, é necessária ainda a aprovação judicial, ainda que seja indispensável o consentimento das partes. Deste modo, e segundo a tipologia de Groenhuijsen já referida, a mediação penal em Portugal encontra-se integrada no sistema de justiça tradicional, na medida em que só depois da queixa formalizada e do Ministério Público considerar que existe indícios suficientes para acusar, pode remeter o processo para o sistema de mediação.

Percebe-se que em Portugal, as técnicas autocompositivas dependem de assunção da culpabilidade, o que isso somente ocorre após o eferecimento da denúncia, senão vejamos (COSTA, 2009, p.19):

A aplicação da justiça restaurativa depende da verificação de um princípio fundamental, o voluntarismo, do qual depende a identificação do autor do crime e a sua assumpção da culpabilidade. Uma questão importante prende-se com o equilíbrio de poderes, necessário para a condução de um processo justo. O seu desequilíbrio pode resultar de relações anteriores

entre as partes ou de situações sócio-económicas dispares. Esta dimensão é apontada por alguns críticos da justiça restaurativa como um potencial bloqueador à realização de justiça.

No Brasil, além da transação penal, instituto distinto, mas com alguma semelhança ao dispositivo português, na linha do que se procura fundamentar de forma epistemológica neste trabalho e que se verifica em patamar pragmático, revela-se pelo trabalho desenvolvido nos Núcleos Especiais Criminais, de efetivação e de aplicação de justiça restaurativa, com técnicas predominantemente de mediação penal, durante a atuação da Polícia Judiciária, em procedimento de investigação denominado em terras brasileiras de termo circunstanciado, simplificação do inquérito policial, em que, alcançada a composição, o acordo firmado na presença do delegado de polícia é referendado pelo Ministério Público e homologado pelo Poder Judiciário para que constitua título executivo judicial.

Em análise comparativa sincrônica, percebe-se que os estudos para consolidação dos Núcleos Especiais Criminais realmente desafiam os pressupostos da justiça criminal, em que não há assunção de culpa ou aplicação de pena, como em Portugal, mas mesmo assim o delegado de polícia no Brasil aproxima as partes em litígio, reconstrói laços rompidos e previne a prática de infrações penais.

Sobre a evolução das alternativas à justiça criminal, Hulsman e Celis (1997) ensina que:

[...] as discussões sobre as alternativas à justiça criminal, frequentemente, ocorrem num contexto no qual os pressupostos da justiça criminal não são realmente desafiados, como criticamos anteriormente. Em quase todas as discussões, a existência do crime e de criminosos é considerada um fato natural estabelecido, e não o resultado de processos definidores, seletivos, que também estão abertos à escolha social.

Portanto, os Núcleos Especiais Criminais no Brasil, representam a aplicação pragmática do consenso na persecução criminal e constituem consolidação do movimento global de pacificação social na América do Sul, em busca de um consenso em torno da necessidade de paz mundial, conquistada a partir de uma base ética, *base comum mínima, sem a qual não há convivência possível em nenhuma parte do planeta* (BOFF, 2009, p.63), em que o braço estatal (polícia) atua sem mentiras, sem torturas, sem mortes.

Nesse sentido, Costa, Cachichi e Cachichi (2016, p.98) ensinam ao discorrer em Amor e Misericórdia: A flor e o fruto que:

Aquele que tem fome, aquele que tem sede, aquele que está nú, aquele que está desesperado, aquele que está doente, o Estado, quando misericordioso, há de socorrer. Se cada qual der seu tijolinho, em curto espaço de tempo a humanidade estará renovada. Mas enquanto há recusa de uns e de outros, dos poderosos, continua-se na senda da desgraça que vemos no mundo. Individualistas que somos, estamos fechados em nós mesmos.

Com efeito, os Núcleos Especiais Criminais incorporam a mão misericordiosa do Estado àqueles que clamam por acesso à justiça em tempo razoável, com evidente supressão do individualismo.

2.3 O Consenso em Matéria Criminal na América do Sul

O processo mundial de globalização excludente, como adverte Enrique Dussel deve repensar a filosofia como categoria mundial e migrar a um pensamento de filosofia a partir do nosso local (América).

Os pensamentos de dominação, ou denominados eurocentrismo ensinados por Dussel (1998), no que tange a dominação cultural e econômica da América, também ocorrem no aspecto jurídico, especialmente no processo penal, tratado pelo menos nos últimos cem anos como uma mera reprodução do processo civil europeu, reproduzido sistematicamente nas faculdades da América do Sul.

Esse processo judicial de formalidades, conforme analisado, excluiu do diálogo o outro, impedindo a abertura de novas portas de acesso à justiça na América.

Nesse processo de encobrimento do outro decorrente da completa inexistência de alteridade, por meio de A Ética da Libertação expõe a necessidade da crítica ética, onde se afirma a dignidade negada da vida da vítima, do oprimido ou excluído (DUSSEL, 1998. p.309):

Ésta es una ética de la vida. La negación de la vida humana es ahora nuestro tema. El punto de arranque fuerte, decisivo de toda la crítica y como hemos indicado, es la relación que se produce entre la negación de la *corporalidad (Leiblichkeit)*, expresada en el sufrimiento de las víctimas, de los dominados (como obrero, indio, esclavo africano o explotado asiático del mundo colonial; como corporalidad femenina, raza no-blanca, generaciones futuras que sufrirán en su corporalidad la destrucción ecológica; como viejos sin destino en la sociedad de consumo, niños abandonados de la calle, inmigrantes refugiados extranjeros, etc.), y la toma de conciencia de dicha negatividad.

Esse distanciamento entre o modelo apresentado e a realidade vivida na América, ocasionou um evidente afastamento do acesso à justiça em decorrência da ignorância dos povos, desconhecimento de direitos ou de uma verdade crítica, em que maioria dos seus potenciais participantes afetados são privados de satisfazer as necessidades que o próprio sistema proclamou como direitos – direitos não acessíveis:

en contradiccion consigo mismo, ya que la mayoría de sus posibles participantes afectados se encuentran privados de cumplir con las necesidades que el mismo sistema ha proclamado como derechos (DUSSEL. 1998. p.310).

Com efeito, o pensamento a partir da periferia do planeta exige um princípio crítico-material, um processo de desconstrução, um princípio formal de intersubjetividade crítica e um pensar crítico, em que o núcleo do processo é a conscientização.

Nesse aspecto, boas práticas de acesso à justiça e mediação criminal estão sendo desenvolvidas no Mercosul e em Estados Associados, assim como a experiência no Chile de acordos reparatorios, conforme previsão no art. 241 da Lei nº19.696/2000, adicional ao Código de Processo Penal, conforme descreve Teodoro Ribera Neumann, Ministro de Justiça da República do Chile (OLIVEIRA; SAITA, 2012):

Adicionalmente, el Código Procesal Penal, Ley Nº 19.696 del año 2000 contempla los acuerdos reparatorios, los cuales constituyen “una salida alternativa al proceso penal em virtude del cual se puede extinguir la acción penal” tratándose de certa categoria de delitos que se ajusten a los requisitos establecidos em el Art. 241 del cuerpo legal citado.

Os denominados acordos de compensação no Chile, porém, serão celebrados entre vítima e investigado, em determinados delitos menos graves e levados a homologação ao juiz de vigilância. Contudo, caso o acordo inclua crimes graves ou quando não realizados entre vítima e investigado de forma espontânea, cabe ao juiz *ex officio*, ou a requerimento do Ministério Público a não aprovação do acordo de compensação.

Conforme previsto no art. 241 do mencionado dispositivo (LEYES-CL.COM, 2016):

Artículo 241. Procedencia de los acuerdos reparatorios. El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

Interessante notar, que o acordo de compensação no Chile poderá ensejar situações de coação entre investigado e vítima e, ademais, não existe a figura do conciliador ou do mediador para impedir que isso ocorra, aspecto que os Núcleos Especiais Criminais brasileiros constiuem mecanismo de maior eficiência, com conseqüente preservação da autonomia da vontade, ao tempo em que as partes são submetidas a processos restaurativos pelo delegado de polícia, sob fiscalização do Ministério Público e do juiz criminal.

No Brasil, a experiência dos Núcleos Especiais Criminais começam a produzir relevantes resultados, com um projeto de evidente integração dos povos em conflito proveniente de um pensamento crítico para um horizonte de modernidade, reconhecido como um projeto de inclusão social por meio do acesso à justiça, proveniente de factualidade, substrato da realidade e de uma verdade brasileira.

O consenso criminal no Brasil, encontra nos Núcleos Especiais Criminais da Polícia Civil de São Paulo espaço de participação comunitária, como integrante de um sistema de eticidade em processos auto-organizados e autorregulados da vida, em que a comunicação e a participação informada integram fatores de não exclusão.

Esse projeto brasileiro constitui uma tentativa de alteração de lentes e apresentação de novas portas para saída do conflito, quiçá para contraditar o pessimismo de Galeano (2010. p.108):

“No Sul do mundo, ensina o sistema, a violência e a fome não pertencem à história, mas à natureza, e a justiça e a liberdade foram condenadas a odiar-se entre si”.

Ainda com o insuperável Galeano (2010, p.23), aprende-se que a comunicação e a individualidade integram a constituição de um modelo de agir não esquecido:

“A ditadura uruguaia queria que cada um fosse apenas um, que cada um fosse ninguém: nas cadeias e quartéis, e no país inteiro, a comunicação era delito”.

E essa contradição entre justiças constitui um paradoxo que deve ser superado na América com a adoção de mecanismos consensuais, não excludentes, de superação da violência dos crimes menos graves, possibilitando que o sistema de justiça criminal formal brasileiro – nos crimes de menor relevância e gravidade – encontre no consenso uma saída razoável.

Em contrapartida, a persecução criminal não consensual deve atuar com absoluta eficiência nos crimes mais graves, outro fator de exclusão social, especialmente no que tange ao aumento das investigações de criminalidade organizada, crimes transnacionais e de lavagem de capitais no Mercosul.

3 CONSENSO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO EFICIENTE DA VÍTIMA E REAPROXIMAÇÃO DA JUSTIÇA MATERIAL

3.1 Teoria de Ação de Direito Material no Processo Penal e a Proteção Eficiente da Vítima

O presente tópico tem por objetivo analisar a teoria da ação de direito material, comumente estudada no processo civil e os seus efeitos, principalmente para vítima, entendida atualmente como mero objeto de obtenção probatória no campo criminal.

Os significativos avanços da teoria de direito material tem lançado luzes ao reconhecimento da verdadeira função processual, possibilitando que o Poder Judiciário, então reconhecido como neutro e equidistante, supere o procedimento formal, burocrático de obsoleto e resolva, efetivamente, o conflito levado a juízo.

Pretende-se, portanto, com esse estudo, promover um recorte epistemológico para compreensão de um processo penal desapegado do instrumento e que efetivamente sintetise os objetivos traçados pelo Estado Democrático de Direito, decorrentes da abertura constitucional de 1988, tendentes a reaproximação entre o direito e a realidade social.

Com efeito, o local de chegada desta pesquisa está na compreensão do processo penal e dos meios alternativos, com a devida releitura constitucional, como mecanismo de efetivação de direitos fundamentais dos indivíduos, a partir de uma instrumentalidade constitucional.

Para tanto, ingressa na teoria do direito material e nos reflexos da evolução da ciência processual civil, fundamentadoras do processo penal que conhecemos, com conseqüências que decorrem no distanciamento exacerbado entre direito-processo, inerentes da falsa compreensão da evolução da *actio romana*.

A seguir, identifica o conceito de ação e sua distinção com a ação de direito material e, após estudar os planos do direito, demonstra uma progressão nem sempre compreendida entre direito subjetivo, pretensão, ação de direito material e ação processual.

Para discutir a ligação entre direito material e sua influência no direito processual da atualidade será desenvolvida uma linha de pensamento que busca

entender a controvérsia e os pontos de distanciamento e contato entre os planos do direito, com a finalidade de desvelar se realmente existe a ação de direito material no direito atual, na linha do pensamento de Miranda, ou se “é absolutamente absurdo falar de um direito antes e fora da ação” como o pensamento do jurista italiano Elio Fazzalari, de seu compatriota Savatore Satta e, no Brasil, pela doutrina capitaneada por Oliveira (2006).

Pretende-se demonstrar que a função do Direito Penal, em um Estado democrático de direito está na proteção de bens jurídicos fundamentais, bens que inexoravelmente também constituem direito público subjetivo das vítimas e que podem ser alcançados pelo acesso ao Poder Judiciário, como por meios alternativos à justiça criminal.

O acesso ao Poder Judiciário decorre do direito à jurisdição, afinal, identificado como legítimo direito fundamental no sentido estrito, como ensina Nogueira (2008, p.191):

O direito à jurisdição constitui um autêntico direito fundamental no sentido estrito (dimensão subjetiva e desvinculado da realização de outro direito fundamental ou mesmo qualquer direito, dada a sua abstração) e não uma garantia constitucional....dentro da tipologia eleita no trabalho, o direito fundamental à jurisdição se enquadra como direito à prestação positiva do Estado.

Com efeito, o direito a jurisdição exige como pressuposto um dever jurídico correlato.

Mas não basta o acesso a prestação jurisdicional, isso porque o processo penal deve estar adequado ao direito material (Direito Penal e Constitucional) que pretende servir, de maneira que a prestação da tutela jurisdicional não pode se distanciar desse desiderato, porquanto a efetividade da tutela jurisdicional está diretamente vinculada à adequação do processo à realidade social redesenhada no direito substancial.

3.2 Processo Penal e a Instrumentalidade Constitucional

A função do Direito Penal no Estado democrático de direito é a de proteção dos bens jurídicos fundamentais, mas tradicionalmente os estudiosos do processo penal não enfrentam a problemática epistemológica da violação dos direitos da vítima, ou quando muito, trataram sob mera técnica procedimental formal,

a exemplo da assistência à acusação, ação penal pública subsidiária e fixação de valor mínimo de indenização, meros instrumentos que não saíram da previsão, porquanto de restrito uso prático.

Ocorre que atualmente o direito processual penal não mais deve ser visto como simples instrumento a serviço do poder punitivo, conforme adverte Lopes Júnior (2015. p.29), mas imprescindível contextualizar-se com a efetivação de direitos fundamentais, do autor do crime perante a violência estatal e, também da vítima que, conforme Von Liszt, é a detentora do “interesse juridicamente protegido”, a despeito de existirem diversos delitos em que não é possível demonstrar violação de um direito subjetivo (MEZGER, 1935, p.399).

Mas advirta-se que o presente trabalho, em momento algum defende qualquer tipo de direito penal máximo ou tolerância zero, pelo contrário, apregoa que no processo penal as garantias do devido processo legal, inclusive a substancial, devem ser observadas, com a ressalva da possibilidade do lançamento de um novo olhar à vítima, resgatando com Feuerbach o sentido de que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção (JESCHECK, 1993, p.350).

Exemplo desse novo modo de pensar o direito está no neoconstitucionalismo. O modelo vingativo-punitivo, baseado no raciocínio de subsunção, valorizado no positivismo, deixou de apresentar as respostas adequadas a todos os conflitos decorrentes da violação do direito penal objetivo, no exato momento em que a complexidade, os efeitos econômicos do crime e a velocidade da sociedade de consumo e tecnológica proporcionaram novos problemas aos operadores do direito criminal, para os quais o modelo tradicional se mostrou deficiente.

Antes, o Direito Penal, por exemplo, nos crimes sexuais praticados contra as mulheres, visava, além da punição, apresentar resposta satisfatória e compensatória a sociedade patriarcal. Menos dignidade, mais vingança. Atualmente, com a Constituição sendo erigida ao centro do ordenamento jurídico, com força normativa e supremacia da dignidade humana, os crimes sexuais deixam os costumes de lado para proteger efetivamente a dignidade da vítima, dimensão do indivíduo como ser de existência concreta.

Com isso, o operador do direito responsável pela *persecutio criminis*, vivenciando a dinâmica dos conflitos da modernidade deve estar focado na

realização do Estado Democrático de Direito, optando pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive os do ofendido.

Com efeito, como concluiu H. Henkel, o direito processual penal é o direito constitucional aplicado (DIAS, 1974, p. 74). Além da formação da culpa, para utilizar a expressão do Código de Processo Penal (CPP) do Brasil Império, o Inquérito Policial e o Processo Criminal devem sofrer uma releitura constitucional, à luz dos valores, dos fins públicos e dos comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição que condicionam a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2005, p.42).

Com isso, ao contrário do direito privado que em regra admite a resolução dos conflitos pelos sujeitos da relação jurídica de direito material, no processo penal, em que a condição da ação interesse-necessidade é erigida a patamar obrigatório, em que prevalece o monopólio da justiça estatal e do processo penal, não sendo possível o consentimento do acusado na aplicação da pena, senão por meio judicial (*nulla poena sine iudicio*). Como não existe aplicação da pena direta por parte do Estado, o processo, revestido de todas as garantias, é instrumento mais que necessário, ao exercício do *ius puniendi* – direito subjetivo do Estado –, mas não se pode admitir um processo como representação do *furor puniendi*, em que a função jurisdicional é constituída tão somente em exercício para um devido processo penal legal, afastado de sua dimensão substancial.

Disso decorre que a instrumentalidade do processo penal é mais acentuada que no processo civil (LOPES JUNIOR, 2015, p.53).

Mas para além da finalidade de satisfação de uma pretensão (acusatória), o processo exerce a função constitucional, servindo de instrumento da realização da democracia, conforme adverte Prado (2006). Nesse viés, insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual (LOPES JUNIOR, 2015, p.53), como ainda, à saúde, à liberdade e a dignidade das milhares de vítimas atingidas diariamente na América do Sul e Europa.

Contudo, o instrumento somente terá valor se servir ao projeto democrático-constitucional.

Ressalte-se, porém que o processo não deve ser utilizado como instrumento de segurança pública ou a pautar a instrumentalidade pela conjuntura social ou política (ROSA, p.135, 2008).

Lopes Júnior (2015) assevera que a noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário. Avançando no pensamento de Aury, temos que o valor dignidade da pessoa humana deve abranger a proteção da vítima, não que Aury não a inclua.

Conforme ensinam Contelli e Costa (2015, p. 316), ao discorrer sobre a teoria da ação de direito material no processo penal e a proteção eficiente da vítima que:

É possível, com as adaptações necessárias, a aplicação da teoria da ação de direito material no processo penal brasileiro com a finalidade de cumprir a função do Direito Penal de proteção dos bens jurídicos fundamentais das vítimas, sem contudo, ampliar o poder punitivo do Estado. Cuida-se de simplesmente inserir a vítima na pauta de discussão do Processo Penal e da Política Criminal dos Estados. O processo não é pura técnica, necessita do direito material para ser compreendido como instrumento democrático de realização dos direitos fundamentais. Porém o Processo Penal da atualidade não atende aos direitos do réu e sequer se preocupa com a violação de direitos das vítimas.

O certo, porém, é que conforme analisaremos na ação de direito material, o direito penal e o processual penal se distanciaram e hoje, inclusive ao réu, existe uma supervalorização da dimensão processual em detrimento do direito material, com conseqüências nefastas à efetivação de direitos. Desse modo, o processo é o instrumento necessário à aplicação da pena, mas deve servir de instrumento da máxima eficácia das garantias constitucionais do autor do fato e da vítima. Não incluímos o Estado na observação, exatamente para afastar legitimidade de qualquer tipo de discurso punitivista.

Com efeito, se mesmo em relações endoprocessuais se verifica o distanciamento do direito material, inexoravelmente em relações externas à relação jurídica processual, como a *persecutio criminis* de primeira fase, há expressiva valorização ao formalismo em detrimento da resolução de conflitos, realidade que o NECRIM no Brasil procura superar na fase preliminar e que acaba repercutindo em eventual processo criminal.

3.3 Jurisdição Penal

Jurisdição é o poder estatal atribuído para que o Estado-juiz, na condição de terceiro imparcial, resolva (função) de forma imperativa e definitiva os conflitos de interesses. Com a retirada do poder de autotutela entre os particulares, o Estado assumiu para si a responsabilidade de compor os conflitos e, se necessário, impor o poder para o cumprimento das suas decisões. Ao exercer a autotutela nas poucas hipóteses ainda permitidas, está o particular autorizado a exercitar a ação de direito material.

Com efeito, tem-se na jurisdição, definido por Chiovenda (2000), como a *substitutividade*, a técnica heterocompositiva de solução de conflitos por um terceiro imparcial. No aspecto processual penal, observe-se, contudo, que não ocorre efetivamente uma substitutividade da vítima, porquanto ao particular, no processo penal moderno não se reconheceu como legítima a aplicação da pena, o que decorre da neutralização da vítima a partir da idade média. A substitutividade apregoada por Chiovenda (2000), portanto, constitui tão somente a substituição do Estado – detentor do direito de punir –, que deveria atuar em perfeita sintonia com os interesses das vítimas, o que nem sempre ocorre.

Portanto, a jurisdição como direito fundamental no processo penal não é um direito da vítima – senão nas raras hipóteses de ação penal privada ou subsidiária – mas exercida pelo Estado, situação que somente se potencializará ainda mais se aprovado o Novo Código Penal com exclusão da categoria ação penal privada.

Sob o olhar do réu, nota-se que na jurisdição penal, envolvido que está o bem jurídico liberdade, a imparcialidade do juiz é aspecto que deve preponderar, pena de violação da presunção de inocência ou de não culpabilidade.

Nesse contexto, espera-se um processo penal regido pelo devido processo legal substancial, em que se efetive todos os direitos e garantias dos réus, ao mesmo tempo em que reconheça a necessidade de proteção de idênticos direitos substanciais das vítimas, de maneira razoável e proporcional.

3.4 Teorias da Ação

As teorias da ação, assim como quase toda produção científica processual é proveniente do processo civil. No Brasil, o estudo da teoria geral do processo é deveras direcionado ao processo civil, ou como assevera Bettiol, reconhecido por Carnelutti, assistimos inertes ao pancivilismo (CARNELUTTI, 1946).

Como bem pontua Câmara (2010, p.115), ao escrever sobre processo civil a teoria sobre a ação é tema dos mais polêmicos, “senão o mais polêmico de toda a ciência processual”. Ressalta o autor que há tantas teorias que já se chegou a dizer que cada processualista tinha sua própria.

A teoria civilista ou teoria imanentista – porque imanente ao direito material –, embora não se confunda com a *actio* romana – Theodor Muther, ao responder às afirmações de Bernard Windscheid afirmou coincidência entre os conceito de *actio* romana e o moderno conceito de ação –, resgata em Celso o conceito de ação como o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*nihil aliud est actio ius, quad sibi debeat, in iudicio persequendi*).

Os civilistas, em especial Savigny, resgataram o conceito de ação no direito romano, mas sob o recorte de que a ação e o processo constituíam capítulo do direito privado, especialmente do direito civil, fonte da tutela jurisdicional adequada.

Na realidade, cuida-se de doutrina do direito civil, já que, à época, ainda não prevalecia a fase autonomista do direito processual.

Com efeito, toda evolução do conceito de ação partiu do rompimento entre direito material e direito processual e o problema é que esse distanciamento alcançou as últimas consequências e atualmente atinge o processo criminal e a investigação policial.

A teoria do direito concreto à tutela jurídica parte da polêmica travada entre Muther e Windscheid, Adolpho Wach ao assentar que ação é um direito autônomo e não tem, necessariamente, por base um direito subjetivo, ameaçado ou violado, o que justificaria a ação para obter simples declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica (ação meramente declaratória).

A linha de argumentação da teoria concreta explica que os sujeitos da relação jurídica de direito material não coincidem com os sujeitos de relação jurídica

processual. Em uma obrigação o sujeito passivo é o devedor, ao passo que na ação o sujeito passivo é o Estado (direito de ação como direito à tutela jurisdicional).

A teoria concreta, porém, não se desprende completamente da teoria imanentista, porquanto o direito de ação somente existiria se existisse também o direito material. Dessa forma, tão somente com a sentença de procedência é que haveria o efetivo exercício do direito de ação, tese atualmente abandonada em decorrência de não se explicar o que seria um processo com pedido julgado improcedente ou a ação vista pela perspectiva do réu, como sujeito de direitos.

Na teoria do direito potestativo de agir, o discípulo de *Wach, Giuseppe Chiovenda* formulou em 1903 a teoria entendida como “o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei” (CÂMARA, 2010. p.117).

Do direito potestativo ou direito de formação não decorre nenhum dever jurídico, mas tão somente uma situação de sujeição.

Pontes de Miranda (1998, v.I, p.56) discorre sobre os poderes-direitos; direitos potestativos e direitos formativos:

“Há porém, poderes que existem por si, que são direitos, independentemente de outros”. Às vezes é dado à pessoa o poder de influir na esfera jurídica de outrem”.

Para essa teoria, a ação seria um direito potestativo, voltado exclusivamente contra o adversário. *Chiovenda*, como discípulo de *Wach* manteve forte ligação entre esta teoria e a teoria do direito concreto, já que aqui também somente existe ação se presente o direito material.

Quase que por coincidência o alemão *Heinrich Degenkolb* e o húngaro *Alexander Plósz*, apresentaram ao mesmo tempo críticas às teorias concretas da ação, concluindo que a ação é um direito abstrato de agir, daí a formulação de uma teoria do direito abstrato de ação.

Ao enfrentar as críticas sobre a questão do pedido julgado improcedente, concluiu-se que a ação é um direito independente do direito material formulado.

O direito de ação, pelo recorte da teoria abstrata, é um direito inerente à personalidade, o que independe de qualquer substrato de direito material, de qualquer suporte, ainda que simplesmente alegado do direito material.

Ressalte-se que a abstração que fundamenta o processo civil não é idêntica a do processo penal, que exige algo mais, o *fumus comissi delicti*. No processo penal, é imprescindível que o acusador público ou privado demonstre justa

causa, o que se coaduna com o *status libertatis* do acusado. Inadequada, portanto, a simplista transposição de institutos entre processo civil e processo penal.

A teoria eclética da ação procura recuperar o esvaziamento da ação provocada pela teoria abstrata, ao tempo em que reintroduz algo da teoria concreta que passa a ser denominado de condições da ação. Não que esteja presente o rigor da teoria concreta, mas a formulação de condições de ação tem uma forte ligação com o direito subjacente, embora, repita-se, a ação seja essencialmente abstrata (ação independente do direito material) e condições da ação não se confunda com o mérito.

É a teoria que prevalece no Brasil no processo civil, do doutrinador italiano *Enrico Tullio Liebman*, que residiu no Brasil e influenciou na denominada Escola Paulista, a redação do Código de Processo Civil brasileiro (CPC) de 1973 e CPC em vigor.

3.5 Teoria geral do Processo e Categorias próprias do Processo Penal

Carnelutti (1946) como lembra Lopes Júnior, escreveu um artigo denominado “Cenerentola” (Cinderela) em que correlaciona três irmãs, a ciência Direito Penal, a ciência Processo Penal e a ciência Processo Civil. Em seu trabalho, compara o Processo Penal a irmã pobre. Embora interligada com Direito Penal, porque necessário à aplicação da pena, cresceu distante da irmã rica, a ciência Processual Civil.

Somente quando adulta é que conseguiu a autonomia do Direito Penal. Na análise prepondera o pancivilismo e que a Teoria Geral do Processo no Brasil é exclusivamente direcionada ao Processo Civil, processo da riqueza, em detrimento do Processo Penal, direcionada a pobreza e à marginalização. Processo essencialmente excludente, porquanto não permite o adequado acesso à justiça ao réu ou a vítima, hoje representada tão somente pelo Estado, único detentor do direito punir, como visto, direito de punir que parece constituir o centro de convergência de todo o estudo processual penal. Bem por isso Tucci (2002, p.54) conclui pelo fracasso da Teoria Geral do Processo a partir da desconstrução da lide. Nesse sentido, ressalte-se que o conceito de lide é irrelevante ao processo penal, principalmente se consideramos o interesse-necessidade como indeclinável no processo penal.

Tucci (2002) não deixa de reconhecer a grandeza de José Frederico Marques, mas aponta sua principal falha, escrever Elementos de Direito Processual Penal, transplantando institutos do processo civil.

E como assevera Lopes Júnior, é a velha falta de respeito, a que se referia Goldschmidt, às categorias jurídicas próprias do processo penal (LOPES JÚNIOR, 2015, p.57).

Portanto, a iniciar pelas condições da ação, existe uma evidente diferença entre os institutos do Processo Penal e do Processo Civil. Basta analisar o conceito de lide e sua distinção no processo penal em que o Ministério Público não é credor. Idêntica distorção há no interesse de agir que, conforme verificamos, é irrelevante, porquanto o processo penal é sempre necessário.

Ademais, reconhecer ação como direito público, subjetivo e abstrato merece análise atenta no processo penal, pena de qualquer um ter interesse de ingressar com ação sem um mínimo de concretude.

As diferenças são perceptíveis ainda no sistema de nulidades, de jurisdição penal e competência, dentre outras.

Dessa forma, Lopes Júnior (2015) propugna a inserção do processo penal na epistemologia da incerteza e do risco. A sociedade de riscos, para Lopes Júnior (2015) se distancia da “segurança jurídica” e da “verdade real”. Na incerteza a regra é o caos, a ordem é excepcional, referindo que na democracia, há uma “política de indeterminação”, pois torna o poder infigurável. O espaço público não é apenas o conciliado e harmônico, mas também o espaço de conflito. Ressalte-se que Lopes Júnior (2015) parece contrário a qualquer tipo de justiça negociada na seara criminal, principalmente a promovida pelo Ministério Público.

Dentro desse contexto preponderaria um sistema de garantias mínimas, ou seja, o mínimo de previsibilidade de direitos e garantias no processo penal, em evidente limitação do poder punitivo estatal e limitador do processo, com sobreposição da jurisdicionalidade, do sistema acusatório, presunção de inocência, ampla defesa e contraditório e motivação das decisões judiciais. Acrescentamos a necessidade de um mínimo de resposta efetiva à vítima.

3.6 Condições da Ação no Processo Penal

As condições da ação não integram o mérito da demanda e tradicionalmente são estudadas como legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido.

É certo que a legitimidade do processo civil, corresponde, com adequações, com condição da ação do processo penal. Ressalte-se, ainda, que no pólo ativo a quase totalidade das ações são patrocinadas pelo Ministério Público, restando à vítima pouca interferência processual, senão nas espessas possibilidades de assistência à acusação.

Por outro aspecto, o princípio da intranscendência previsto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, consistente na responsabilidade penal do direito penal quase que inviabiliza uma categoria de intervenção de terceiros no processo penal, além de proibir a sucessão processual, senão naquelas hipóteses antes retratadas de assistência ou de ação penal subsidiária.

Quanto ao interesse, parcela da doutrina aponta sua inaplicabilidade no processo penal, afastando até mesmo a compreensão de interesse como justa causa. O interesse retratado no binômio de Liebman, utilidade e necessidade, não encontraria fundamento no processo penal, em decorrência do princípio da necessidade.

A doutrina, porém, acaba se valendo do interesse no processo penal pela inserção da análise da punibilidade concreta, consistentes pela inexistência de prescrição, pela presença de “justa causa” e da tipicidade material.

Na possibilidade jurídica, mesmo Liebman abandonou a tese na terceira edição do seu Manual de Direito Processual Civil. Com acerto, o CPC atual afastou a possibilidade jurídica como condição.

Porém, diante da necessidade de respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, Lopes Júnior (2015, p.195) busca as condições da ação dentro do próprio processo penal, a partir da análise das causas de rejeição da acusação. Assim, do revogado art. 43 do CPP brasileiro e do atual art. 395, sustenta que são condições da ação penal a prática de fato aparentemente criminoso – o *fumus commissi delicti*, a punibilidade concreta, a legitimidade de parte e a justa causa.

3.7 Relação Jurídica

Conforme notícia Gomes (1979, v.1, p.118) em sua Introdução ao Direito Civil, *Windscheid* limitava o conceito de relação jurídica a vínculo entre pessoas.

Sob o aspecto penal, ainda que não exista propriamente uma relação jurídica entre autor do delito e vítima, é inegável que muitos ilícitos provocam importantes conseqüências à vítima ou a sua família.

O vínculo entre autor e Estado somente existe em razão da lei. Violado o preceito primário, nasce imediatamente o direito subjetivo (*ius puniendi*), reafirme-se, não a vítima, mas ao Estado, ainda que o crime perpetrado seja de ação penal privada.

3.8 Relação Jurídica de Direito Material

É de especial importância à compreensão da relação jurídica de direito material, para que o processualista possa identificar seus elementos e sua repercussão no processo, até mesmo para imprimir efetividade ao que se objetiva com o processo.

De nada importa um processo totalmente desligado do direito material e da realidade social, com conseqüente comprometimento do acesso ao direito e à justiça.

3.9 Relação Jurídica Processual

O meio de fundamentar a fase científica do direito processual está não apenas no distanciamento entre direito material e direito processual, mas na criação de uma nova relação jurídica, para alguns definida como completamente distinta da relação jurídica de direito material, embora nem sempre exista identidade entre os elementos.

A relação jurídica de direito processual é aquela formada entre os sujeitos do processo (juiz, demandante e demandado) e, assim como a relação jurídica material, está sujeita a determinados requisitos de existência, denominados na seara processual de pressupostos processuais, que verdadeiramente antecedem o processo.

Com os fundamentos de Bülow, aperfeiçoados por Wach e complementada por Chiovenda (2000), conclui-se que o processo penal é uma relação jurídica pública, autônoma e complexa, com verdadeiros direitos e obrigações recíprocos. Dessa forma, admite-se o acusado como sujeito de direitos, não como mero objeto do processo, tampouco que o processo é um simples instrumento para a aplicação do *jus puniendi* estatal.

É certo que com a superação do processo de partes, de Bülow, por Goldschmidt, o processo penal passou a ser compreendido como situação jurídica. Goldschmidt nega a existência de direitos processuais, compreendendo o processo como o conjunto de situações processuais pelas quais as partes enfrentam em busca da resolução do mérito (GOLDSCHMIDT, p.235, 1936).

3.10 Tutela Jurisdicional

A função jurisdicional tem por finalidade a manutenção da paz social, compondo conflitos de interesses com a afirmação da vontade da lei para observância do direito posto.

No plano do direito constitucional, o direito fundamental à jurisdição corresponde ao que Alexy (1993, p.194) denomina de direitos às ações positivas do Estado – ações positivas fáticas –, tendo como objeto a prestação da tutela jurisdicional, meio de satisfação do direito à jurisdição.

Contudo, para que seja efetiva, a tutela jurisdicional não pode se distanciar do direito material. Mas sob o ponto de vista simplista, o único direito material protegido é o direito penal objetivo, com absolutamente nenhuma repercussão no que toca a direitos constitucionais ou a proteção de outras naturezas.

Mas como nos revela o professor Bedaque (2009, p.47), o instrumento (processo) não tem sido suficiente para resolver o problema.

Como se percebe, a finalidade útil da tutela jurisdicional é o atendimento das aspirações sociais, representadas pelas regras de direito substancial. Mas para atingir efetividade à prestação jurisdicional, os processualistas contam com uma série de técnicas processuais sempre a disposição ao seu manejo.

Ocorre que nem sempre as técnicas processuais estão em consonância com a realidade social, daí se falar em flexibilização do sistema processual no que

toca à proteção da vítima. Como o que se busca, em verdade, é a realização concreta dos valores ético-sociais, importante que a instrumentalidade do processo não esteja apenas voltada ao acesso formal à justiça ou a aplicação de pena ao autor do delito, entendida como função do Estado, mas que a instrumentalidade transborde a seara processual para encontrar eco no direito material, ou seja, além da formulação correta do direito material espera-se um resultado efetivo e socialmente adequado ao ofendido, muitas vezes não disponíveis na justiça criminal, o que abre espaço para os meios alternativos.

Em um paralelo ao que nos ensina Alves (2013, p.261), ao referir a igualdade e democracia e o paradigma comunicacional, o diálogo não pode ser meramente formal.

Não alcançada à solução dialógica inicial, motivo da judicialização, que muitas vezes também não é dialógica, espera-se, ao menos, que o processo dialogue com o direito material.

Ressalte-se, mais uma vez que não se objetiva a negação da autonomia processual, apenas que o processo, como instrumento, atenda aos anseios do seu objeto que é a busca de justiça concreta, a busca da proteção do direito substancial. No processo penal, a autonomia é reafirmada, porquanto o direito potestativo de acusar não se confunde com poder de punir.

Portanto, a efetividade da tutela jurisdicional está diretamente vinculada à adequação do processo à realidade social redesenhada no direito substancial que inclusive pode ser alcançada por meios alternativos de solução de conflitos.

3.11 Direito Subjetivo

Seguindo uma linha de raciocínio que considera o direito subjetivo como permissão para uso de faculdade humana, conforme ordenado na norma jurídica passa-se, então, ao estudo dessa fase que antecede a pretensão e a ação de direito material.

Conforme ensina Miranda (1998, p.46), com a incidência da regra jurídica nos fatos, o suporte fático torna-se fato jurídico.

Enquanto *R. Von Ihering* define direito subjetivo “como o interesse juridicamente protegido”, *Windscheid* o considera “como o poder ou domínio da vontade conferido pela ordem jurídica”. Nesse aspecto, Gomes (1979, p. 129)

assenta que as duas concepções são incompletas e conclui que direito subjetivo não é apenas poder da vontade, como não é apenas interesse, “senão poder atribuído à vontade do sujeito para a satisfação dos seus próprios interesses protegidos legalmente”.

O direito subjetivo, decorrência de uma relação jurídica existe desde o nascimento dessa relação, ao passo que direito subjetivo acrescido do *plus* exigibilidade faz nascer à pretensão.

Apesar dos conceitos completamente distintos de direito subjetivo, pretensão e ação, Miranda (1998) identifica que no século XVIII “emaranhou-se” em conceitos *a priori*. Doutrinadores como Poncet (1817), F. von Savigny, G.F. Putschta e outros entenderam “que a ação é poder inerente ao direito e, pois, elemento mesmo do direito subjetivo”.

O problema é que no processo penal diz-se que pretensão corresponde o *ius puniendi*, existindo uma séria ausência de conceitos para a violação de direitos e a pretensão punitiva, monopólio exclusivo do Estado.

Doutrinariamente a justificativa sempre recaiu na presença de bens públicos, bens mais importantes da vida social, o que afasta o interesse dos particulares.

Nesse sentido, ensina Fernando da Costa Tourinho Filho (2010b, p.27):

[...] O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes de quantos possua o homem e, por isso mesmo, os mais importantes da vida social.

Mas como esses bens ou interesses são tutelados em função da vida social, como tais bens e interesses são eminentemente públicos, eminentemente sociais, o Estado, então, ao contrário do que ocorre com outros bens ou interesses, não permite que a aplicação do preceito sancionador ao transgressor da norma de comportamento, inserta na lei penal, fique ao alvedrio do particular. Conforme acentua Fenech, quando ocorre uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, como representante da comunidade perturbada pela inobservância da norma jurídica e, assim, corresponde ao próprio Estado, por meio dos seus órgãos, tomar a iniciativa *manu proprio*, para garantir, com sua atividade, a observância da lei.

Essa pretensa proteção de defesa de bens públicos deveria representar, portanto, que ao agir em nome da sociedade, que o Estado estivesse, em primeiro lugar, preocupado com o indivíduo – denominado vítima –, sujeito passivo particular, titular do bem jurídico violado.

Para a vítima, portanto, a despeito do fato jurídico e das imensuráveis conseqüências do crime, não há qualquer tipo de faculdade ou de pretensão, senão

de forma acessória, mas sempre dependente do processo, cuja legitimidade ativa está afeta ao próprio Estado, representado pelo Ministério Público.

Nesse sentido, importante as conclusões de Rodrigues no sentido de que após a dedução da pretensão acusatória em juízo, as faculdades processuais deveriam ser exercitadas de forma concomitante pela vítima e Ministério Público (RODRIGUES, 2012, p.14):

A análise do art.129, inciso I, da Constituição Federal de 1988 leva à constatação da existência de dois direitos distintos conflitantes entre si: o direito da vítima à participação em concurso ou cooperação do acusado a uma acusação por um órgão estatal isento, o Ministério Público. Tal dispositivo pode ser interpretado – sugere-se – da seguinte forma: em sede de ações penais de iniciativa pública, a privacidade estatal deve restringir-se à dedução da *pretensão acusatória* em juízo, de modo que após tal dedução, o exercício das faculdades processuais pudesse ser garantido tanto ao Ministério Público quanto à vítima, os quais poderiam agir com independência entre si. Tal interpretação traz vantagens manifestas para a vítima quanto para o acusado.

Reafirma-se, sob a perspectiva de participação popular, que é imprescindível possibilitar verdadeiras formas de acesso ao direito e à justiça, ampliando as possibilidades comunicativas do processo penal.

É certo, porém, que o Projeto de Código Penal, além de ampliar os crimes de que dependem de representação, com a falsa percepção de maior participação popular, na verdade, em termos de eficácia, será um retrocesso, principalmente ao extirpar do sistema processual os crimes de ação penal privada. Bem por isso, andaria bem o legislador se no lugar de expandir formalmente condições de procedibilidade, a exemplo dos crimes patrimoniais, inserisse parcela dessas violações como pretensões das vítimas, o que poderia ocorrer por meio de inserção como crimes de ação penal privada, o que em muito facilitaria o acesso ao Poder Judiciária às vítimas, mas antes disso, poderá efetivar um verdadeiro acesso à justiça por meio do consenso.

3.12 Da Pretensão

Carnelutti (2000) ressalta que pretensão é “um ato não um poder” e, um ato que corresponde exatamente à manifestação de vontade. Carnelutti (2000) assevera ainda que a pretensão não decorre necessariamente de um direito, apontando a possibilidade de direito sem pretensão (CARNELUTTI. 2000. p.80).

Obviamente, o processo penal acaba dispensando a pretensão, em decorrência do princípio da necessidade. Mas observemos com cautela essa crítica, porquanto até mesmo a obrigatoriedade tem sido relativizada no processo penal.

Como ato que é e não como poder (parte da doutrina), podemos definir a pretensão (*anspruch*) como ato de exigir uma prestação, tendo por razão um direito material. Nesse sentido, Miranda (1998) ao afirmar que “é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”.

Portanto, pretensão é o ponto de ligação entre o direito subjetivo e a ação. Miranda (1998) pontua a exigibilidade como elemento central do conceito de pretensão.

Ressalte-se, porém, que pretensão é exigibilidade, ainda que desprovido de ação. Da mesma forma, ainda que não exigível a satisfação ou a prestação, conclui Miranda (1998, p.61), há pretensão.

É possível notar até agora uma progressão: direito subjetivo – pretensão, certo que se a pretensão se tornar resistida – vg. pela constituição do devedor em mora – estaremos diante da ação de direito material.

É certo, porém, que atualmente, com a formação do monopólio estatal da jurisdição, são restritas as possibilidades de ação de direito material, o que não a afasta de todo.

Por outro recorte, agora mais próximo do direito processual, normalmente se estuda “pretensão processual”, apresentada pela demanda como produto do exercício do direito da ação.

O recorte epistemológico que interessa à ação de direito material está no conceito primitivo de pretensão (*anspruch*) desenvolvido por *B. Windscheid*.

Pedro Nogueira (2008, p.117) informa que para o estudo da ação de direito material, mister o entendimento de pretensão como o “direito ao direito subjetivo dotado de exigibilidade”.¹

Contudo, observe-se que no processo penal o acusador não deve exercer qualquer tipo de pretensão (material) punitiva, porém exerce a pretensão processual acusatória.

¹ Não se desconhece, porém, que a pretensão não esteja presente também no direito processual, tal como o a pretensão de recorrer das decisões, distintas, ainda da “pretensão processual”.

3.13 Teoria Circular dos Planos no Processo Penal

A teoria circular dos planos descrita por Zanetti Jr. (2006, p.279) propõe o reconhecimento do estudo dos planos do direito material e do direito processual em busca do ponto de equilíbrio da relação entre processo e direito material, na linha do pensamento de Carnellutti (2000), de que o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele.

Reconhecer essa relação circular possibilita conter os exageros promovidos por parte da doutrina integrante da fase processualista, os quais distanciaram ou deixaram de reconhecer o processo como técnica adequada para consecução do direito material.

E, ao identificar os direitos fundamentais da pessoa humana como o próprio direito material, ganha relevo a atual reaproximação entre processo e direito material, em especial em proteção às vítimas.

Nesse sentido, deixa de ser o Estado-juiz mero reproduzidor da regra de direito material para possibilitar, dentro do processo, a criação da norma individual do caso concreto. A fase atual de argumentação jurídica e de prevalência da tópica exige do interprete a superação do paradigma legalista pelo processo reflexivo de decisão.

Miranda (1998) já alertava que “o processo dos ramos do direito é o mais rente à vida”.

As primeiras reaproximações entre direito material e processo surgem com as teorias concreta e imanentista. A primeira, nada mais é senão a visualização do direito material pelo ângulo do processo, ao passo que a imanentista decorre de própria base privatista.

A fase processualista do processo ou também denominada fase científica, ao promover a abstração do processo ignorou, quase que por completo o direito material, deixando de lado as tutelas diferenciadas para proteção do direito material. Sob a perspectiva da fase científica, houve quem dissesse que não existe direito antes ou fora da ação.

A tendência do direito moderno, como decorre do estudo de Didi e Zanetti Jr. (2010) identifica que o processo deve estar adequado ao direito material que pretende servir.

A polêmica em torno da ação, em especial entre as teorias abstrata-monista e dualista e a teoria instrumentalista é de suma importância para a compreensão da ação de direito material.

A teoria abstrata-monista, porque não identifica direito fora do processo é a mais distante do direito material, tanto assim que somente reconhece demandas que visem condenação, declaração ou constituição.

A teoria dualista, ao reconhecer duas ações, a de direito material e a de direito processual, para Didi e Zanetti Jr. (2010) não se traduz no reconhecimento da fase anterior como ação de direito material, mas tão somente como reconhecimento do direito material como objeto do processo. Apenas regularia “a potencialidade de, em abstrato, servir ao direito afirmado na inicial” o que influenciaria as tutelas diferenciadas em detrimento da ação, acrescentando as tutelas de mandar e executar, ao lado das tutelas de condenar, declarar e constituir.

Já a teoria instrumentalista da ação, vincula o direito processual ao material pela afirmação *in status assertionis*.

O pensamento de Miranda (1998) e de Silva (apud MITIDIÉRO, 2006) pode ser sintetizado, pontuando a ação de direito material em fase anterior a ação processual em verdadeiro paralelo entre direito subjetivo material e direito subjetivo processual; pretensão material e pretensão processual e ação de direito material e ação de direito processual.

Na análise da teoria circular Didi e Zanetti (2010) tece críticas aos principais defensores da ação de direito material (MIRANDA, 1998; SILVA apud MITIDIÉRO, 2006)², especialmente pela tentativa deste, em sua opinião, em transferir para o direito processual a categoria identificada como *actio* do direito romano e, ainda, da contradição que encontra na sentença condenatória, ressaltando a inexistência da eficácia condenatória., pelo que Didi e Zanetti Jr. (2010) argumentar pela aceitação da ação como “eficácias processuais sentenciadas³” e a prevalência do processo como logos argumentativo sobre a ação para explicar as relações entre Direito e Processo.

³ E conclui o autor: “tutelas jurisdicionais processuais capazes de proporcionar a adequada e efetiva realização do direito material porque contém em potência os efeitos materiais que deverão alterar as relações e situações subjacentes. Esta a característica instrumental do processo, retornar direito material, trabalhando em contraditório amplo (juiz e partes), ao *lebenswelt* (mundo da vida). Uma relação circular, um círculo hermenêutico.”

Didi e Zanetti Jr. (2010), como se observa, desenvolve a posição pelo surgimento de um direito material novo produzido com fundamento em uma verdade interna razoável e argumentativa.

Apesar do seu posicionamento, não deixa de reconhecer a existência da ação de direito material, mas tão somente nas hipóteses em que o ordenamento admite a autotutela, afastando, assim, a existência de uma ação de direito material prévia ao processo que pudesse ser exercitada juntamente com a ação processual.

3.14 Teoria da Ação de Direito Material

Para o professor da PUC-RS, Machado (2007), a teoria da ação de direito material não tem sido compreendida corretamente, porquanto estamos a discutir termos equívocos utilizados em planos de direito diversos e o pensamento de Miranda não tem sido compreendido corretamente.

A gênese da controvérsia acerca da ação surge ao se conceituar a ação processual pela primeira vez, a partir do conceito de *actio* romana, por isso, inicialmente dizia-se que tem ação (processual) quem tem direito.

Ao utilizar a *actio*, conceito de direito material para fundamentar a fase autonomista, muitas dificuldades foram criadas, as quais transcendem até os tempos atuais.

Ora, exatamente por isso é tão difícil compreender as condições da ação do processo civil, sem o recorte da teoria da asserção.

Na discussão sobre a ação de direito material, o que mais importa é o fato de essa teoria poder ser o ponto de ligação entre o direito processual e o direito material.

Pugliese conceituou o sujeito passivo da ação como sendo o mesmo sujeito passivo da relação jurídica substancial. Mas *Pugliese*, que iniciou a polêmica entre *Winscheid* e *Muther*, partia do suporte conceitual da *actio* romana. Nota-se que *actio* sempre buscou fundamento na relação material, não reconhecendo como sujeito passivo dessa relação o juiz ou pretor, como ocorre para parte da doutrina na ação processual.

Conforme explica *Pugliese*, a *actio* era o próprio agir, ou seja, a prática de atos de agressão pelo sujeito que tinha razão.

Daí o retorno à compreensão da controvérsia de *Winscheid e Muther*, e o mecanismo para transpor esse entrave conceitual acabou ocasionando com que a doutrina moderna passasse a chamar de pretensão o que anteriormente era denominado de *actio*. Na seqüência, passou-se a compreender *actio* como a ação processual, conforme adverte Baptista (apud MITIDIERO, 2005).

Contudo, assevera Machado (2007) que a *actio* somente pode ser traduzida ao direito moderno como ação de direito material e, não como “ação” processual.

Note-se que Miranda (1998), para reestabelecer o contato entre processo e direito passa a distinguir ação de direito processual da ação de direito material.

A ação de direito material nada tem de autônoma e abstrata, não se confundindo como o direito de ação (processual). Cuida-se de disciplina afeta ao plano do direito material e expressa ação para a realização de um direito – direito aqui compreendido como quem tem razão.

É necessário, porém desvelar que exercer a ação material dentro do processo é possível e não implica concluir que a ação processual substituiu a ação material⁴.

Exercer a “ação” (processual) é ter acesso ao exercício da jurisdição com a finalidade de provocar o Estado-juiz em busca de uma decisão. Mas ter uma decisão condenatória, por si, não é suficiente para alcançar o direito material – age-se processualmente para, verificada a procedência do pedido, agir-se materialmente (MACHADO, 2007), porquanto necessários atos outros imprescindíveis a efetividade do direito e que se dá com os meios de tutela adequados, cujo modo de obtenção ocorre com olhos voltados ao direito material, a exemplo da fixação de valor mínimo de indenização no processo penal e sua execução.

Mitidiero (2005), após reconhecer a importância do tema e a coragem de Oliveira em enfrentar tema considerado até há pouco como um não assunto, deseja que os novos processualistas tomem gosto pela polêmica, reafirmando o equívoco que incorre ao pensar tão somente em uma ação (apud MITIDIERO, 2005).

⁴ Pontes de Miranda: "A ação exerce-se principalmente por meio de 'ação' (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou" (Tratado das ações, t. I, op. cit., p. 110).

3.15 Significado Prático da Teoria da Ação de Direito Material

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (NOGUEIRA, 2008, p.153) ensina, exemplificando, que a discussão em torno da ação de direito material não é um discurso débil, desprovido de relevo prático.

Ensina o discípulo de Marcos Bernardes de Mello que a discussão já foi levada aos tribunais citando decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao decidir que a ação de imissão de posse, procedimento previsto no Código de Processo Civil de 1939 e não reproduzido no CPC de 1973, não deixou de existir por um motivo específico, é que estamos diante de uma ação de direito material, porquanto cuida de direito material previsto até hoje ao proprietário (*ou ao titular do jus possidendi*) para imitir-se na posse⁵.

Contextualizando, temos que assim como a imissão de posse permanece presente, a supressão de procedimentos do novo CPC não terá o condão de eliminá-los do sistema, pelo contrário, o que reforçará a utilização da teoria da ação de direito material.

A guarda compartilhada, introduzida formalmente no sistema jurídico somente em 2008, pela Lei 11.698/2008, a bem da verdade, sempre esteve presente no sistema jurídico, porquanto o direito material da dignidade da pessoa humana e o superior interesse da criança e do adolescente já o amparavam antes mesmo da previsão legal, ainda que o interprete tivesse que se valer da técnica de poder geral de cautela do juiz.

O poder geral de cautela do antigo processo civil, aplicado excepcionalmente no processo penal é uma decorrência da teoria da ação de direito material e apesar de muito criticada essa prática, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade do instituto processual civil, em proteção de valores superiores do próprio réu do processo criminal. Nesse sentido, o Habeas Corpus, do STF, n. 94.147/RJ, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma DJ de 12.06.2008, aplicando normas processuais dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC revogado, evitando, assim, a cautelar restritiva de liberdade – homenagem ao direito material fundamental, a liberdade.

⁵ TJRS. Apelação Cível 5985518124. Relator: Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, j. 23.11.1999. "Ação de imissão de posse. Sua permanência, após o advento do CPC/73. Ação de direito material. Prova, quanto ao direito de posse dos autores. Inexistência de usucapião especial. Provimento do apelo.

3.16 A não Revitimização do Processo Penal pela Compreensão da Ação de Direito Material (Penal)

Ferrajoli (1999) ensina em *La ley del más débil* que no momento do crime, a vítima é o hipossuficiente, o que motiva a tutela penal.

No processo penal, nem mesmo na ação penal de iniciativa privada posiciona a vítima como detentora de direito subjetivo (*ius puniendî*), o que dificulta e talvez justifica o distanciamento entre processo penal e vítima, o que pode ser corrigido tanto por mecanismos de maior participação da vítima na ação penal, como no seu empoderamento diante de alternativas jurisdicionais a exemplo do consenso penal.

Atualmente, a vítima tem sido relegada a mera peça de instrução probatória do processo criminal, servindo de elemento subjetivo de prova ou até mesmo como corpo de delito. Infelizmente, serve de *objeto* a serviço do processo penal.

Contudo, a função do Direito Penal no Estado democrático de direito é a de proteção dos bens jurídicos fundamentais. Bens jurídicos, como adverte Bitencourt (2009. p.7), não devem identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio.

Para Welzel, o Direito Penal tem a função ético-social e a função preventiva. A função ético-social destina-se a proteção dos valores fundamentais da vida social, correlacionada à proteção de bens jurídicos e o reconhecimento desses bens jurídicos são vitais para a sociedade e para o indivíduo. A função ético-social é a mais importante do Direito Penal e dela decorre a função preventiva (BITENCOURT, 2009, p.8).

Mas o Estado de Direito não pode invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda que praticado um delito, porquanto encontra limites no princípio da intervenção mínima, da ressocialização, da culpabilidade etc.

Contudo, respeitados os limites impostos em um Estado de Direito social e democrático, será possível a judicialização do conflito com a finalidade de aplicação do preceito secundário da norma penal.

Ocorre que nessa judicialização, por meio do processo penal, a vítima permanece adormecida.

Ainda que não seja um sujeito processual, extrai-se do Direito Penal, a inseparável função de proteção de bens jurídicos fundamentais. Esses bens jurídicos fundamentais constituem também uma garantia de proteção individual (da vítima).

Note-se que praticado o delito, quase sempre isso enseja um prejuízo (material ou moral) à vítima. Porém se analisado o processo penal como um mero instrumento estanque destinado exclusivamente a aplicação de pena, não conseguiremos atingir a proteção eficiente das vítimas, senão a mera demonstração de poder punitivo.

Porém, sob uma perspectiva em que as vítimas são detentoras de direitos fundamentais individuais e utilizada a transposição desses direitos ao âmbito processual, concluiremos que o processo penal serve sim ao direito material, seja esse direito material penal ou constitucional. Normalmente uma vítima de delito experimenta violação patrimonial, violação do direito à saúde, da dignidade da pessoa humana, direitos relacionados à liberdade, à intimidade e o processo não pode compreendê-los como uma não categoria de direitos e que não ensejam interesse jurídico processual penal.

Dessa forma, a vítima deve ser elevada a protagonista, diante da qual giram todos os atos processuais penais, em perfeita sintonia com o direito material.

Exemplos de sinais dessa redefinição do conceito de vítima no direito brasileiro está na não revitimização promovida pelas alterações do Código de Processo Penal, como a comunicação de alguns atos processuais, previstos no art. 201 e parágrafos do Código de Processo Penal brasileiro, assim como a previsão de notificação à ofendida dos atos processuais, consubstanciada no art. 21 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

O estabelecimento de valor mínimo de indenização, previsto no art. 387, inciso IV do CPP representa conquista importante às vítimas, que deve ser melhor aplicado pelos operadores do direito.

Política pública que ainda não obteve aceitação no Brasil – em especial pela quantidade de delitos e conseqüente impacto orçamentário – consiste na indenização à vítima por parte do Estado, em determinadas situações ou crimes, embora não se desconheça exemplos pontuais de acompanhamento médico e psicológico para vítimas de crimes contra a dignidade sexual.

Importante a não revitimização, ainda, defendemos a responsabilização objetiva do Estado recalcitrante, em hipóteses de omissão do Estado diante da reiteração criminosa específica.

3.17 O Consenso Criminal como Concretização da Ação de Direito Material

Nota-se que experiências conciliatórias, além de promover a paz social, muitas vezes aplicando técnicas de justiça restaurativa, promovem benefícios imensuráveis a autores de crimes e vítimas, em verdadeira efetivação de direitos materiais (SANTIAGO et al, 2014, p.384).

É possível, com as adaptações necessárias, a aplicação da teoria da ação de direito material no processo penal brasileiro com a finalidade de cumprir a função do Direito Penal de proteção dos bens jurídicos fundamentais das vítimas, sem contudo, ampliar o poder punitivo do Estado.

Cuida-se de simplesmente inserir a vítima na pauta de discussão do Processo Penal e da Política Criminal dos Estados.

O processo não é pura técnica, necessita do direito material para ser compreendido como instrumento democrático de realização dos direitos fundamentais. Porém o Processo Penal da atualidade não atende aos direitos do réu e sequer se preocupa com a violação de direitos das vítimas.

Contudo, um processo pautado na instrumentalidade constitucional, que reconhece efetivamente os direitos do réu, mas sobretudo, que sobreleva a máxima efetividade os direitos da vítima será um processo que atende ao direito substancial e mais que isso, que cumpre a função ético social e realiza a proteção eficiente dos bens jurídicos fundamentais dos cidadãos vítimas na sociedade moderna.

Mas a concretização do direito material não deve encontrar espaço apenas no processo. Outras formas de justiça, a exemplo da Justiça Restaurativa, promovem o restabelecimento do direito material violado, com a vantagem de essa efetivação decorrer de decisão construída pelas partes, que iniciam a discussão, exatamente da representação do que maior valor extraem de suas considerações individuais, o que, por certo, encontra um forte vínculo com o direito material violado e atende o direito fundamental de acesso à justiça.

Atente-se que o acesso ao processo penal formal nem sempre cumpre a promessa constitucional de efetiva prestação jurisdicional, isso porque fatores

relacionados ao formalismo exacerbado e a própria compreensão do que se espera do direito penal não encontra aderência com a realidade social e que se expande no processo. Um direito penal patrimonialista e patriarcal gera lacunas no sistema jurídico e na expectativa dos sujeitos entrelaçados pelo delito.

Para o presente estudo importa a compreensão crítica de que é necessário que o processo (penal e civil) identifique as reais violações de direitos, assim como que o acesso à justiça, compreendido não somente como acesso ao Poder Judiciário, mas que sinceramente efetive direitos materiais, previstos em âmbito constitucional ou em legislação, isso tanto do ponto de vista do autor do crime, como da vítima, ainda que em ambientes como os Núcleos de Conciliação, por meio de técnicas como a mediação penal, integrantes de um sistema paradigmático de justiça restaurativa.

Aos crimes de grave repercussão social, outro caminho não há senão a judicialização do conflito, com conseqüente aplicação da pena extrema sempre que necessário e por meio do Poder Judiciário.

Contudo, a impossibilidade de reparação de um dano, por exemplo, podem subtrair do autor do crime o direito de liberdade e a própria dignidade da pessoa humana, em hipóteses em que a indisponibilidade da ação penal está dissociada da vontade da vítima ou da sociedade. Serve apenas ao propósito vingativo de restrição da liberdade ou quando muito, de aplicação de penas restritivas de direito que nada reflitam na origem do conflito penal, ou na reparação ou reconciliação do autor do crime com a vítima e com a sociedade e sua família.

Percebe-se a existência de um paradoxo. A despeito da ênfase patrimonial do Código Penal, estabelecendo penas privativas de liberdade para atender meras violações patrimoniais, muitas vezes desproporcionais ao direito violado, o viés patrimonial não se refletiu de forma similar na reparação do dano, subsistindo à vítima a ineficaz possibilidade de execução da sentença penal condenatória, após longo e desgastante processo.

Atualmente o Estado opta punir a emissão de cheque sem provisão de fundos com pena privativa de liberdade e pouco importa com a reparação do dano a vítima. Somente com a súmula 554 do Supremo Tribunal Federal que estabelece que o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal, é que a distorção foi corrigida, com a ressalva de que a corte tem posição restritiva no sentido de não

aplicação da Súmula para as hipóteses de estelionato tipificado pelo caput do art. 171 do Código Penal.

Nesse sentido, importante a disposição prevista no art. 296, §3º, do Anteprojeto de Código de Processo Penal ao estabelecer como consequência de acordo a extinção de punibilidade, quando as consequências do fato sejam de menor repercussão social:

Nas infrações penais em que as consequências do fato sejam de menor repercussão social, o juiz, à vista da efetiva recomposição do dano e conciliação entre autor e vítima, poderá julgar extinta a punibilidade, quando a continuação do processo e a imposição da sanção penal puder causar mais transtornos àqueles diretamente envolvidos no conflito (BRASIL, 2009).

O que se pretende, portanto, com este estudo, é identificar quais as verdadeiras consequências jurídicas da prática do crime e como o processo penal pode recompor o conflito e se existe, fora do processo, “ações” de direito material criminais ou de repercussão neste ambiente que possam ser manejados pela mediação criminal, como meio alternativo ao processo, paralelo ao direito fundamental à jurisdição.

O processo penal formal é a última possibilidade. Antes disso, a vítima, em determinadas situações, embora não exercite a autotutela como a conhecemos atualmente, pode satisfazer seu direito por meio alternativos ao processo, métodos autocompositivos que verdadeiramente efetivam direitos materiais. Embora não se desconheça que os métodos autocompositivos exigem autonomia de vontade, desprovida da coação, a conciliação que possibilita a extinção de punibilidade impõe um certo grau dissuasório no momento da tomada de decisão, influência que repercute favoravelmente à vítima e que denominamos como um verdadeiro exercício da ação de direito material no processo penal sob o ponto de vista da vítima.

Por outro turno, a composição civil em determinadas hipóteses vigentes no ordenamento jurídico e, *de lege ferenda*, no Código de Processo Penal constitui um direito subjetivo de não ver sua liberdade restringida, sempre que recompor os laços rompidos com a vítima. Note-se que a conciliação, sob essa perspectiva de alternativa à justiça criminal, tem o efeito de repercutir no suposto “credor” do *jus puniendi in concreto*, o Estado.

Ainda que dependente de homologação do Estado-juiz, a composição dos danos, ocorrida entre sujeitos não vinculados a eventual relação processual, exsurge como um verdadeiro mecanismo de autotutela do autor do crime, em face do Estado, ainda que sem sua cooperação, e que tem como consequência o desaparecimento de uma lacuna jurídica a possibilitar o surgimento da ação processual.

Como consequência a extinção de punibilidade e a despeito de sua previsão em texto denominado processual – Código de Processo Penal – é inegável sua natureza material, também definidas como normas processuais penais materiais, sujeitas a retroatividade benéfica.

Conclusão assemelhada adotou o Código de Processo Penal do Peru no art. VII, incisos 1, 2 e 3 (CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2004, p.11):

“Vigencia e interpretación de la ley procesal penal:

1. La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite...
2. La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluídos, si fuere posible.
3. La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que límite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente”.

Com efeito, com a entrada em vigor do art. 296, §3º, do Código de Processo Penal, a causa extintiva de punibilidade decorrente do consenso produzirá efeitos, inclusive em relação aos fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, não se aplicando a espécie a regra *tempus regit actum*, o que comprova sua natureza de direito material.

Dessa forma, a conciliação promovida pelos Núcleos Especiais Criminais representam a efetivação de um direito material, por uma de uma ação de direito material.

4 NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS – NECRIMs COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA CRIMINAL

4.1 Origem dos Núcleos Especias Criminais

Os Núcleos Especiais Criminais nasceram no Estado de São Paulo, fomentados por delegados de polícia, decisão decorrente do excessivo dimensionamento do processo como fim único de acesso à justiça e em razão da falsa compreensão de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. O distanciamento dos Juizados Especiais Criminais com a realidade e o incremento das modernas demandas sociais exigiram do operador do direito alternativas autocompositivas à solução adequada do conflito.

Quanto a origem dos Núcleos Especiais Criminais, registra-se uma experiência do que posteriormente denominou-se NECRIM, no interior paulista, na cidade de Ribeirão Corrente, de iniciativa do Delegado de Polícia Cloves Rodrigues da Costa, em meados do ano de 2003 e na região de Bauru, incentivados por Licurgo Nunes Costa, com a instalação do primeiro Núcleo no ano de 2010. A partir de então, especialmente na região de Bauru (SP), os Núcleos passaram a solucionar conflitos, com altos índices de composição e expressiva redução dos processos cíveis e criminais decorrentes.

Atualmente os Núcleos Especiais Criminais funcionam em 41 cidades do Estado de São Paulo, na maioria das vezes ocupando prédios próprios; casos há de funcionamento em prédios anexos a Delegacias de Polícia ou a Fóruns do Estado, como a experiência do NECRIM de Campinas, instalado no edifício do Fórum daquela Comarca.

Com a iniciativa, compreende-se que o operador do direito próximo à população e que atua 24 horas por dia, em praticamente todos os municípios do Brasil, corresponde à carreira de delegado de polícia. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 1.028/2011, da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado João Campos, que pretende a alteração da Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/1995 (BRASIL, 1995), com a finalidade de regulamentar a atividade de Delegado Conciliador.

No mesmo sentido o projeto nº5.117/2009, do Deputado Federal Regis de Oliveira objetiva a modificação da redação dos artigos 60, 69, 73 e todos da Lei nº

9.099/95 (BRASIL, 1995), atribuindo a função de mediador de conflitos ao delegado de polícia.

Interessante notar que no Estado de São Paulo, o edital para o concurso de Delegado de Polícia DP 1/2013, estabelece em seu item II, denominado “Das atribuições básicas do cargo”, além de conduzir investigações criminais e presidir atos de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, a atribuição de “mediar conflitos”. Dessa forma, exige-se desse operador do direito efetiva capacidade de mediação de conflitos, em que o Delegado de Polícia, como mediador, deve manter o controle das emoções e sentimentos, bem como uma percepção do ambiente, pessoas e situações de forma fidedignas e sem preconceitos. Assim, essa característica requer o envolvimento das competências de comunicação, percepção e empatia. dese

Fundamentado em paradigma de polícia comunitária, integrado ao conceito de “tribunal multiportas” de opções de acesso à efetiva justiça, o delegado de polícia conciliador, denominação dada ao delegado de polícia que atua diretamente como facilitador do encontro e diálogo das partes (mediação) ou facilitador de soluções alternativas ao conflito (conciliador) é o responsável por essa alternativa de enfrentamento do fenômeno criminal de menor potencial ofensivo, cujas conseqüências, quando não solucionadas adequadamente, darão ensejo a delitos mais graves.

Na prática, as partes em conflito sob a perspectiva cível, ou em conflito com o Estado, único detentor dos *jus puniendi*, são instadas (*rectius*: convidadas), dentro de um contexto terapêutico, a manifestarem seus sentimentos, circunscrever as conseqüências do crime para o autor do fato e para vítima, e em evidente resgate e análise de valores criminológicos, pontuam possíveis alternativas ao desenho de conflito por elas explanado. Naqueles crimes que exigem alguma condição de procedibilidade, ainda que não seja de menor potencial ofensivo, estabelecido um acordo entre as partes, o delegado de polícia “conciliador” redige um termo de mediação que constitui título executivo extrajudicial, documento que é enviado ao estado-juiz para homologação, o que possibilita a sumarização procedimental por meio da conversão em título executivo judicial e conseqüente extinção do conflito cível e criminal.

Necessariamente todas as audiências são acompanhadas pelo delegado de polícia e, na maioria dos Núcleos, são gravadas em mídia o que garante que a

autonomia da vontade das partes e efetiva participação popular sejam respeitadas na solução do conflito.

A tendência, ademais, reflete o panorama global de autocomposição e vai ao encontro da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao estabelecer a razoável duração do processo no inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal e dos dispositivos da Resolução do Conselho Nacional de Justiça, nº 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe acerca da “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário brasileiro”.

Os Núcleos Especiais Criminais, criados antes da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), estão sendo disseminados em dezenas de cidades do interior do Estado de São Paulo, e atuam na conciliação e na mediação de conflitos envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, com índice de satisfação superior a 90%.

Recorde-se que a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015) institui a mediação como mecanismo de resolução de conflitos necessário em todas as instâncias de poder. Desde uma universidade, o Poder Judiciário como estrutura administrativa, assim como corregedorias de atuação administrativas e também os organismos policiais deverão adotar posturas autocompositivas de resolução de conflitos, antes de procurar o Judiciário, essa é exatamente a atividade que os Núcleos Especiais Criminais estão realizando de forma experimental desde 2003.

Como forma de capilarizar o atendimento, há algum tempo defende-se a necessidade de instalação de NECRIM’s itinerantes, o que garantirá igualdade de tratamento às pessoas de todos os Municípios do Brasil. Avançando e reafirmando a idéia dos NECRIM’s itinerantes, a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015) dá um passo a frente ao possibilitar a mediação pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo, conforme preceitua o art. 46, noção que começa a ser aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por meio de aplicativos.

Note-se, inclusive, que a transposição desses dispositivos e conceitos à administração pública possibilitará a instalação de câmaras ou núcleos de conciliação vinculados às Corregedorias e a outros âmbitos administrativos, o que não é novidade na administração federal.

Com isso, esses métodos de autocomposição, podem e devem ser aplicados na primeira fase da persecução criminal, por meio da composição dos danos e representam o trabalho desenvolvido e presidido pelo delegado de polícia

de carreira, agente do Estado denominado por Gomes (2013) como delegado de polícia conciliador.

Os Núcleos constituem verdadeiro mecanismo de efetivação de acesso à justiça que deverão expandir a outras partes do país.

Na lição de Watanabe (2011, p.381), desembargador aposentado do TJSP:

o princípio de acesso à justiça, inscrito na Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.

No NECRIM, portanto, além de promover efetivo acesso à justiça, são aplicadas técnicas de Justiça Restaurativa, valendo-se de instrumentos como a mediação e a conciliação em busca da solução mais próxima da base humana, com significativa inserção de mais vozes no exercício da Justiça, com postura inclusiva e que contribui para a imagem de uma Justiça sensível, pacificadora e eficiente junto à opinião pública em geral.

A pequenos passos a Polícia Civil do Estado de São Paulo, pelo esforço dos delegados de polícia, policiais civis, colaboradores, Poder Judiciário e Ministério Público tem contribuído para o progresso e bem estar em uma sociedade mais justa e solidária.

4.2 Consenso no Processo Penal e a atuação do Estado

Para efetiva consolidação de um modelo de consenso no processo criminal brasileiro, mister a adoção de medidas legislativas pontuais, a exemplo de simples alterações na Lei 9.099/1995 (BRASIL, 1995), em dispositivos do Código de

Processo Penal mas, principalmente, de uma profunda modificação no estabelecimento de políticas criminais voltadas à alteridade, com efetiva participação da sociedade interessada.

Não por acaso, pesquisas preliminares apontam índice de satisfação superior de 90% das pessoas atendidas pelos Núcleos Especiais Criminais, patamar que destoa a lógica de satisfação em qualquer outro serviço público, principalmente os relacionados à Segurança Pública e à prestação jurisdicional.

Daí os ensinamentos de Moraes (2015. p.47) sobre a importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça:

As esferas do poder, na maioria das vezes, não estão disponíveis ao outro. As condutas de ingresso aos poderes legislativo, executivo e/ou judiciário pressupõem manejos de ordem social, cultural e econômica que se perpetuam há muito tempo e que restringem aqueles que não estão nos padrões pré-estabelecidos.

Assim, os espaços de manifestação do olhar do outro podem ser construídos de modo paralelo ao círculo do poder, sem comprometimento à democracia, pelo contrário, buscando por ela... Pode-se afirmar que, para tanto, será indispensável percorrer um longo percurso. Não se desconhece da dificuldade de imbuir a sociedade de responsabilidade para a formação de um consenso em prol do respeito por parte de 'um', do 'outro' e de todos. Nesta conjuntura, é necessário procurar contribuir para o processo democrático brasileiro. As dinâmicas jurídico-sociais não devem tão somente explorar os institutos de direito e de justiça, mas interferir em suas formas de elaboração, organização e reprodução.

A adequação do sistema é fundamental para sobrevivência do direito enquanto conquista evolutiva, para manutenção de sua estrutura como sistema social. Nesse sentido, ensina Luhmann (1983, p.179):

Para a manutenção da alta complexidade no direito e para a estabilização das formas processuais de solução de problemas, o próprio sentido geral do direito tem que satisfazer as crescentes exigências e submeter-se a mudanças tangíveis.

É impossível o desenvolvimento de um “código binário” ao Direito Penal, com indicativo de uma função estática, sem extração de soluções rentes ao tecido social, porquanto cabe ao Estado como sistema político desenvolver programas adequados às necessidades de seu tempo e conforme ensina Zaffaroni e Pierangeli (1997, p.375), o “direito penal fundado antropologicamente não pode pretender haver encontrado um mínimo de ética que tenha sido fixado de uma vez para sempre.”

Política criminal, no atual estágio de desenvolvimento deve vincular-se aos objetivos do Estado Democrático de Direito. Essa também é a posição de Moraes (2011, p.316):

Em um Estado 'Democrático' de Direito, é preciso reconhecer que o saber político-criminal é, como o próprio nome indica, um saber político. Mas por melhores que sejam os argumentos especializados de que se disponha, as propostas correspondentes só adquirirão legitimação democrática e, por conseguinte, só poderão fazer valer sua pretensão de transformar-se em normas coletivas impositivas *erga omnes*, na medida em que sejam acolhidas pelas convicções gerais.

Portanto, política criminal e Direito Penal inexoravelmente devem se comunicar com a realidade social. Não por outro motivo justifica Hassemer (1993, p.24) que:

Política criminal exige não tanto concentração nos fundamentos teóricos, mas muito mais a sensibilidade para uma 'ciência penal total', aí compreendidos os dados empíricos da realidade sancionatória ou de desenvolvimento e controle sobre as condutas desviantes, aí compreendido também o interesse por modalidades novas ou alternativas de sanção, pela ação conjunta do Direito e processo penal, pela integração de Direito Penal, Direito Trabalhista e previdenciário, política habitacional, políticas da juventude e da saúde pública.

Portanto, cabe ao Estado a imprescindível tarefa de tomada de posição acerca do modelo de política criminal, observado, porém, que a velocidade do direito penal a ser estabelecida deve encontrar consonância com o Estado Democrático de Direito a que se pretenda preservar e com efetiva participação da sociedade civil, assim como tem ocorrido no processo dialógico desenvolvido nos Núcleos Especiais Criminais.

Nesse sentido a posição de Lima (2013. p. 389):

Logo, a sociedade civil, que é beneficiária direta das políticas públicas, tem o direito de participação política em todas as fases do longo e complexo processo de consolidação dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, e tal intervenção não vislumbra apenas imprimir uma necessária concreção ao imperativo constitucional da publicidade ou da transparência administrativa, mas, e principalmente, uma devida ingerência na definição das ações prioritárias do Estado. Eis, portanto, o porquê de um dos mais importantes deveres do Estado para uma efetiva gestão democrática numa administração pública dialógica: criar parâmetros organizacionais, no que seriam compreendidas as normas processuais ou procedimentais, para o efetivo exercício do direito de participação política dos cidadãos na defesa dos seus direitos em face do Poder Público.

A impossibilidade de recursos, porém, não pode servir de fundamento defensável para a procrastinação da implantação dos NECRIM's, porquanto o que se discute não é a simples instalação de um equipamento público, mas a efetiva modificação de uma forma de pensar o Direito Penal e Processual Penal, inserindo o indivíduo neste olhar.

E conclui Lima (2013, p.389):

“Porém, os obstáculos aventados na promoção das políticas públicas não podem perder a marca da inevitável temporariedade no caso concreto, porque o permanente descumprimento das determinações constitucionais, em especial as que condensam normativas fundamentais, constitui um evidente abuso do Poder Público e uma vexada ofensa à carta Fundamental.”

Andrade (2009. p. 225) assevera que “a autonomia administrativa está sempre condicionada pelo respeito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, que constituem um limite autónomo do poder discricionário”.

Pontua com precisão Moraes (2015, p.70) que para a democratização do acesso à justiça é necessário:

que se busque a concretização da informalidade, da movimentação social, das transformações, das criações. Para tanto, alguns enfrentamentos serão necessários. É preciso, por exemplo, ponderar a respeito da postura do Estado em relação a si mesmo, aos seus interesses econômicos e sociais e aos indivíduos.

No que toca ao suporte financeiro o custo de implantação dos NECRIM's é zero, isso porque o Estado já realiza a atividade persecutória obrigatoriamente e, portanto, os idênticos recursos públicos disponíveis para a atuação repressiva são alocados para pontual atuação consensual, sendo inconcebível a compreensão de que eventual omissão do Estado na repressão, justifica a inércia na aplicação do consenso.

4.3 Conciliação Incidental em Crimes de Ação Penal Pública Incondicionada

Analisar a mediação ou conciliação incidental não importa em dizer que o conflito de interesses jurídico penal será totalmente superado, como objetiva o NECRIM na maioria dos crimes de menor potencial ofensivo.

O novo modelo resolutivo deve ser capaz, ainda, de trabalhar cooperativamente com o Poder Judiciário e o Ministério Público em busca de apresentar soluções, onde as Polícias Civil e Federal apresentem alternativas razoáveis e comunicativas aos sujeitos processuais da segunda fase da *persecutio criminis*, a exemplo do que tem ocorrido com muito sucesso nas negociações de delações premiadas originadas na polícia judiciária.

Por evidente, o modelo repressor de restrição de liberdade deve ser acionado sempre que adequado e proporcional à reparação do bem jurídico tutelado.

O próprio Papa Francisco, na Exortação Apostólica Pós-Sinodal do Sumo Pontífice, de 2016 reconhece o valor da sanção como estímulo, embora exalte a necessidade do perdão e da reparação do mal causado, expressões de uma justiça restaurativa paralela à justiça repressiva:

De igual modo, é indispensável sensibilizar a criança e o adolescente para se darem conta de que as más ações têm consequências. É preciso despertar a capacidade de colocar-se no lugar do outro e sentir pesar pelo seu sofrimento originado pelo mal que lhe fez. Algumas sanções – aos comportamentos antissociais agressivos – podem parcialmente cumprir esta finalidade. É importante orientar a criança, com firmeza, para que peça perdão e repare o mal causado aos outros. Quando o percurso educativo mostra os seus frutos em um amadurecimento da liberdade pessoal, a dado momento o próprio filho começará a reconhecer, com gratidão, que foi bom para ele crescer em uma família e também suportar as exigências impostas por todo o processo formativo (FRANCISCO, 2016. p.151).

Contudo, a opção pelo modelo sancionador não quer dizer que restaram fechadas todas as portas para a reparação ou negociação, como medida incentivadora da paz, educativa e de amadurecimento da liberdade pessoal do próprio transgressor.

Importantes avanços promovidos no Código de Processo Penal reforçam a necessidade de um modelo resolutivo e de operador do direito resolutivo, desenvolvido essencialmente pelo delegado de polícia. Basta lembrar que desde a alteração do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, a prisão preventiva deixa de integrar um sistema de dualidade, em que se optava pela prisão ou pela liberdade, para um sistema de multicausalidade, em que, cabe ao delegado de polícia, antes de representar pela medida extrema, em regra, esgotar o rol de medidas cautelares diversas da prisão, verificando se medidas como afastamento da função pública, monitoração eletrônica, retenção de passaporte etc, não são

suficientes a afastar a restrição da liberdade, importante fenômeno de comunicação entre órgãos de persecução.

Ainda como decorrência da Lei 12.403/2011 (BRASIL, 2011), deve o delegado de polícia, em caso de prisão cautelar em flagrante delito, considerar na fixação da fiança criminal, o valor do dano perpetrado pelo suposto autor do crime à vítima, nos termos do art. 336 do CPP:

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. (Redação dada pela Lei nº 12.403/2011).

Portanto, ainda que diante de crimes de ação penal pública incondicionada, sempre haverá espaço para o desenvolvimento de medidas conciliatórias que atendam a necessidade da vítima e a possibilidade do autor, adequadas a justa expectativa e ao direito material da vítima.

Como exemplo, importante inovação introduzida ao CPP pela Lei 11.719/2008, (BRASIL, 1941) com a possibilidade de o juiz de direito fixar o valor mínimo de indenização quando da sentença penal condenatória, senão vejamos:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719/2008)
IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719/2008).

Para que isso ocorra com eficiência no processo criminal, cabe ao delegado de polícia (Resolutivo), antes de concluir o Inquérito Policial, realizar um levantamento, que muitas vezes coincide com o auto de avaliação dos delitos não transeuntes, aqueles que deixam vestígios. Em complemento a formação do corpo de delito, mesmo nos crimes transeuntes (que não deixam vestígios), a exemplo do crime formal, deve o delegado de polícia adotar medidas resolutivas tendentes ao estabelecimento de um valor mínimo de indenização, o que importará em concluir que não estaremos diante de um valor definitivo, por isso a expressão valor mínimo.

Nessa importante atividade de inclusão do outro como protagonista e de identificação de uma criminologia moderna não excludente, o delegado de polícia poderá formular suas impressões até mesmo acerca dos parâmetros para uma compensação por danos morais às vítimas.

Para parcela da doutrina que compreende como possível a fixação de valor mínimo de compensação moral na sentença criminal, muitas vezes não fixadas porque o legitimado ativo da ação penal ou o magistrado não têm um critério seguro para seu estabelecimento, temos como dever do delegado de polícia a manifestação de suas impressões, de forma fundamentada. O costume atual da *não fixação* ocorre exatamente porque o delegado de polícia nada deliberou acerca dessa análise técnico jurídica. Note-se, assim como verificamos na prática o desconhecimento ou não utilização da hipoteca legal como medida cautelar do processo penal pela vítima, muitas vezes, o juiz de direito não fixa o valor mínimo exatamente porque o delegado de polícia não fundamentou suas valiosas impressões e o legitimado ativo não formulou o pedido em sua petição inicial (*rectius*: denúncia ou queixa-crime).

Na hipótese, por uma nova cultura resolutive do delegado de polícia, o dimensionamento do valor mínimo de indenização ou compensação, pode ser importante na resolução de conflitos. O delegado de polícia, ainda que não mencione valores acerca da compensação moral, deve manifestar suas impressões sobre a intensidade do sofrimento da vítima – não raro, o delegado de polícia é o primeiro a dimensionar a repercussão do crime em relação a vítima e a sociedade –; ponderar sobre a natureza e a repercussão da ofensa considerando a posição social ou política do ofendido; analisar o grau de sensibilidade do ofendido; investigar o que objetivava o autor do crime ao decidir pelo ilícito, critérios que podem ser desincumbidos sem muito esforço pelo profissional e que em muito auxiliará a *persecutio criminis* de segunda fase e, por conseguinte, a diminuição de processos extrapenais.

Sugere-se, independente da consideração pelos sujeitos processuais, a obrigatoriedade de o delegado de polícia inserir em seu relatório as medidas que adotou para o levantamento destas informações, até porque, casos há em que o autor do crime pode ter interesse em adimplir imediatamente o valor mínimo, sem que nenhum prejuízo ocorra a eventual pedido em processo cível autônomo ou ao processo crime, casos em que propugnamos pela possibilidade de mediação ou conciliação incidentais ao Inquérito Policial, em paralelo às atividades desenvolvidas pelos Núcleos Especiais Criminais.

Considerando que na hipótese, autor e vítima alcancem, pela autonomia privada, um valor mínimo, ainda que decorrente de conseqüências de um crime de

ação penal pública incondicionada, não haverá qualquer tipo de prejuízo na elaboração de um termo de composição prévio, com força de título executivo extrajudicial, a integrar incidentalmente o Inquérito Policial. A medida terá o condão de resgate do protagonismo da vítima no processo penal.

Ademais, a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015) legitimou o entendimento defendido ao estabelecer que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. Com efeito, cabível ao delegado de polícia sedimentar o caminho de um acordo, ainda que em um Inquérito Policial de ação penal pública incondicionada, ao que denominamos de conciliação incidental e que pode ser realizada não somente em um Núcleo Especial Criminal, mas em todos os Municípios do Brasil.

Conforme analisado, deve caminhar o processo de consenso incidental em conjunto aos demais instrumentos de investigação, a exemplo do que pode ser realizado dentro de Inquéritos Policiais, em qualquer Delegacia de Polícia do País, ainda que o local seja desprovido de qualquer tipo de Núcleo de Conciliação Criminal, a exemplo do que ocorre, com adequações, no Inquérito Civil, com o termo de ajustamento de conduta.

4.4 O Resgate da Paz Social pelo Diálogo

Para Kant o bem supremo do indivíduo é buscado na imortalidade da alma. Como a plena moralidade do indivíduo não é alcançada neste mundo, em Kant, o bem supremo está na espécie, na humanidade como idéia ou uma disposição moral da humanidade.

Diante dos rotineiros conflitos internos e de âmbito internacional, é possível que exista alguma esperança, afinal, se até os governos de Cuba e Estados Unidos voltaram a dialogar, assim como se visualiza alternativas em Colômbia e Farc, porque não esperar as zonas de luz descritas por Bobbio (2004).

Bobbio (2004, p.51) ensina em seu livro a Era dos Direitos, fundamentando em Kant que:

Mesmo hoje, quando o inteiro decurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz que até o mais convicto dos pessimistas não pode ignorar: a abolição da escravidão, a supressão em muitos países dos suplícios que outrora acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte.

Na verdade Kant não pensa em leis perfeitas, mas que a liberdade é o reino da paz perpétua.

Salgado (2012, p.247) em seu livro denominado A Idéia de Justiça em Kant que:

O bem supremo aparece, pois, no momento da constituição política perfeita que garante à espécie humana a paz perpétua sobre a terra, o que se conseguirá na medida em que a constituição (e toda legislação) encontre o seu fundamento na razão (SALGADO, 2012, p. 247).

Para Kant essa paz perpétua deve residir no indivíduo, enquanto membro da sociedade humana e esta centrado na idéia de liberdade, autonomia pela qual o cidadão é:

coautor de uma legislação universal, que por sua vez tem como fim precípua realizar a mesma liberdade, que só se alcança propriamente na paz perpétua (não só dentro da fronteira, mas entre todos os povos como superação do estado de guerra, em convívio independente) e que se consolida não apenas pelo dever de amor, mas por um dever maior e incondicional, o respeito pelos direitos do homem. (SALGADO. 2012. p.247).

Ademais,

paz perpétua não se funda na compaixão ou na caridade entre os indivíduos, mas numa constante relação de direito, em que não haja a espoliação nem a violência entre os homens, mas um comportamento de pessoas livres iguais e outra coisa não é o reino da razão pura prática e da sua justiça, segundo o imperativo de que se deve conduzir segundo esses princípios ou ideia, do que decorrerá o bem-estar da paz perpétua. (SALGADO, 2012, p.247).

Extrai-se de Kant que a paz perpétua tem a sua origem num estado de guerra, que é o estado de natureza dos povos, mas é constituída pela razão (SALGADO, 2012, p.248).

Contudo, tão somente quando a política obedece ao princípio de justiça ditada pela razão pura prática, superando os sofismas das técnicas utilitarista de governo, que procuram meios mecânicos de dirigir (*fac et nega*, etc), é que será

possível garantir a paz perpétua, cuja realidade (e não apenas a aproximação) Kant vê atestada e garantida na exemplar constituição livre dos revolucionários franceses que “tinham em vista o direito do povo a que pertenciam.” (SALGADO, 2012, p.250).

O consenso no processo criminal tem o objetivo de minimizar o utilitarismo e dirigismo estatal afetas as correntes e políticas de guerra de segurança pública atuais. Nesse aspecto, os Núcleos Especiais Criminais fornecem contributo mínimo a sedimentar um projeto factível de paz, porquanto a razão tem mais força que o poder, embora dependa do esforço coletivo, a começar pelas instancias de investigação policial e do verdadeiro engajamento social.

4.5 Legitimidade da Atuação do Delegado de Polícia Conciliador

As atribuições do delegado de polícia encontram sua fundamentação essencialmente no Código de Processo Penal, na Constituição Federal em leis processuais penais extravagantes, assim como na legislação infraconstitucional e em leis orgânicas estaduais.

De comum nas disposições, construídas sob influências de um sistema predominantemente punitivo e repressivo, encontra-se como atribuições do delegado de polícia a de apurar infrações penais, dirigir atividades de polícia judiciária e, no âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo, muito pela influência da filosofia de trabalho do projeto NECRIM, exige-se como requisito para ingresso à carreira a capacidade conciliatória.

Contudo, em uma sociedade complexa são necessárias premissas mais abstratas das expectativas, permitindo e legitimando estruturalmente as mais amplas possibilidades que não se apeque a orientações individuais ou em normas ideológicas. Nesse sentido, Luhmann (1983, p.104) sobre a ação correta expectável e optável:

Dessa forma as pessoas, os papéis, os programas e os valores representam diferentes momentos da generalização, através dos quais expectativas comportamentais podem ser enfeixadas por meio de um princípio objetivo de identificação, e assim ancorados no mundo exterior. Podemos partir da constatação de que as sociedades mais complexas necessitam crescentemente de premissas mais abstratas das expectativas, para poderem permitir e legitimar estruturalmente mais amplas possibilidades em termos de expectativas e comportamentos. Seria, porém, demasiadamente simples, e evidentemente incorreto, supor um desenvolvimento a partir da orientação individual, passando pela

normalização através de papéis e programas, e finalmente desembocando em normas sedimentadas valorativamente (por exemplo como normas ideológicas). Aparentemente o que ocorre é que com a crescente complexidade da sociedade *todos* os planos da generalização são *mais fortemente* exigidos, tendo então que ser mais nitidamente diferenciados.... os valores só podem ser institucionalizados se existirem programas que intermedeiem a realização dos valores e assegurem que, em outros momentos, os demais valores eventualmente postergados tenham sua vez.

É chegada a hora da promoção de um giro epistemológico, em que a política criminal repressiva e de combate deve dar espaço a um novo movimento, desprovido da visão simbólica, em que se objetive o cuidado ético para com o indivíduo, em superação ao paradigma retributivo. Essa é a atividade do NECRIM e responsabilidade do delegado de polícia.

Saliba (2009) pontua essa mudança de paradigma:

A superação do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo está embasada no saturado sistema penal, ante sua crise e a conseqüente (sic) deslegitimação. A abolição do sistema, todavia, não é defendida e sequer aceita como medida viável, porque vivemos numa nova época de “modernidade tardia” ou “pós-modernidade”, em que os conflitos sociais exigem medidas amargas para pacificação e manutenção da liberdade dentro do grupo social. Ainda não se vislumbra algo melhor que o Direito Penal, porém podem-se vislumbrar medidas alternativas e complementares como adequadas ao Estado Democrático de Direito.

Para o modelo de justiça criminal essencialmente repressiva e punitiva, bastam atribuições persecutórias sem nenhum perfil conciliatório, aliás, assim disciplinado no Código de Processo Penal, editado sob idênticas influências do Código Penal, em que o conflito se resolve pelo conflito.

Contudo, o modelo vingativo-punitivo, valorizado no positivismo, deixou de apresentar as respostas adequadas a todos os conflitos decorrentes da violação do direito penal objetivo, no exato momento em que a complexidade e a velocidade da sociedade de consumo e tecnológica proporcionaram novos problemas aos operadores do direito, para os quais o modelo tradicional se mostrou deficiente.

Antes, o Direito Penal, por exemplo, nos crimes sexuais praticados contra as mulheres, visava, além da punição, apresentar resposta satisfatória e compensatória a sociedade patriarcal. Menos dignidade, mais vingança. Atualmente, com a Constituição sendo erigida ao centro do ordenamento jurídico, com força normativa e supremacia da dignidade humana, os crimes sexuais deixam os

costumes de lado para proteger efetivamente a dignidade da vítima, cumprimento efetivo do direito material sob o enfoque estudado.

Com isso, o operador do direito responsável pela *persecutio criminis* de primeira fase, de importância ímpar para o sucesso do processo criminal, vivenciando a dinâmica dos conflitos da modernidade deve estar focado na realização dos valores do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação de direitos fundamentais, como apregoado pelo neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, movimento dentro do direito constitucional inaugurado especialmente após a 2ª Guerra Mundial tem por finalidade a reaproximação entre o direito e a moral, influenciado pelas obras de Dworkin e Alexy (2008), cuja principal característica é o reconhecimento da normatividade dos princípios, modelo a ser seguido, doravante, pelos delegados de polícia do Brasil. Note-se que são influências que surgem após a edição dos Códigos Penal e de Processo Penal.

Os crimes praticados até metade do Século passado, retratados muitas vezes pela doutrina pelo modelo autor-vítima, por certo, encontram no positivismo, em que o Inquérito Policial é simples reunião de informações de autoria e materialidade a solução adequada.

Contudo, os delitos da atualidade, muitas vezes envolvendo os mesmos personagens, mas com inserção de novos ingredientes, exigem a atuação do Delegado de Polícia *Neoconstitucionalista*, que se vale dos instrumentos adequados a *persecutio criminis* na espécie – o Inquérito Policial e o Termo Circunstanciado –, mas com a possibilidade de uma releitura e compreensão da totalidade do ordenamento jurídico, como ocorre com a possibilidade de mediação nos Núcleos Especiais Criminais, do que decorrem Inquéritos Policiais e Termos Circunstanciados rentes a função social que se espera e voltados a inclusão da social do maior número de pessoas à justiça.

Com efeito, como concluiu Henkel, o direito processual penal é o direito constitucional aplicado (apud DIAS, 1974, p. 74). Além da formação da culpa, para utilizar a expressão do Código de Processo Penal do Império, o Inquérito Policial deve sofrer uma releitura constitucional, à luz dos valores, dos fins públicos e dos comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição que condicionam a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional

(BARROSO, 2005, p.42), função a ser desempenhada pelo Delegado de Polícia Resolutivo.

Tem-se, então, a mediação de conflitos como primeira aproximação do paradigma resolutivo.

A mediação durante a *persecutio criminis* e sua repercussão no tecido social são inegáveis fatores de redução da tensão entre os atores sociais e, por conseguinte, busca a preservação da paz social, da igualdade, da participação popular e, principalmente, a preservação da dignidade da pessoa humana, na medida em que as técnicas autocompositivas constituem obstáculo ao avanço desmesurado do poder punitivo do Estado.

No plano vertical, a mediação é identificada como método autocompositivo de conflitos, não se confunde com conciliação e negociação, e corresponde a concretização da efetividade de uma das ondas renovatórias do direito.

A fase processualista ou também denominada fase científica, ao promover a abstração do processo, ignorou, quase que por completo o direito material, deixando de lado as tutelas diferenciadas para proteção do direito material. Sob a perspectiva da fase científica, houve quem dissesse que não existe direito antes ou fora da ação, o que ensejou uma interpretação equivocada do termo monopólio da jurisdição, como se todos os conflitos, necessariamente fossem solvidos somente pelo exercício da função jurisdicional ou pelo processo como fim último.

Mas em tempos de discussões acerca da existência ou não de uma verdadeira ação de direito material (buscar aproximação endoprocessual do direito material), mister que previamente o interprete analise se o método de heterocomposição do conflito é necessário na espécie, isso porque, em uma cultura de paz, pode ser que partes em litígio aceitem submeter sua pretensão, ainda que envolva Direito Penal, ao mecanismo da autocomposição ou negociação.

Nesse sentido, e visando promover a efetividade do direito à paz, surgem os métodos de mediação comunitária, preocupação com a realização da justiça consensual – justiça reparatória; justiça restaurativa; justiça negociada e justiça colaborativa. Nessa linha, Projeto de Lei 4827-B/1998 que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos e o Projeto de Lei 1028/11 que altera a redação dos artigos 60, 69, 73 e 74,

da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995), que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, possibilitando a composição preliminar dos danos oriundos de conflitos decorrentes dos crimes de menor potencial ofensivo pelos delegados de polícia.

No mesmo sentido, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ que estabelece a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.

A legitimidade da atuação do delegado de polícia nos Núcelos Especiais Criminais ainda encontra fundamento nas diretrizes principiológicas de conciliação e transação da Lei 9.099/1995 (BRASIL, 1995), assim como pela efetivação dos princípios decorrentes desse importante dispositivo legal, tais como oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e, principalmente, celeridade.

Favorável a legitimidade do delegado de polícia na atuação conciliatória, como meio de acesso à justiça, Alonso (2014, p.113):

É justamente nesse ponto que as considerações a respeito do acesso à justiça, como direito prestacional, da inegável dificuldade para as minorias em chegar ao Poder Judiciário e consequente necessidade de alternativas, ganham relevância e devem ser revisitadas.

Com efeito, o delegado de polícia estabelece e facilita talvez a única possibilidade de diálogo entre autor e vítima em toda a persecução criminal, cujas técnicas aplicadas decorrem da aplicação de conceitos de Justiça Restaurativa, o que propicia a dissolução do conflito e, com efeito, a exata incorporação dos ideais teleológicos da edição da Lei 9.099/1995 (BRASIL, 1995) que, passados 21 anos, ainda carece de implementação — efetivo acesso à justiça.

O problema é que prevalece o modelo dominante de repressão sobre minorias e mesmo sob a proteção da Constituição Federal de 1988, dispositivos infralegais parecem retroceder a década de 40 do século passado, o que decorre da imposição da maioria interessada.

Conforme ensina o professor Alves (2013, p.272):

Evidentemente a principal tarefa da Constituição é proteger as minorias dos desmandos das maiorias, mas a tarefa não é simples, isso porque não se pode proteger as minorias sem incorrer numa flagrante contradição: “as maiorias governam, mas a maioria não governa”.

A leitura do professor Alves (2013) é essencial, principalmente em ambiência em que se exacerba o populismo penal, sendo inconcebível para “as maiorias” o modelo de delegado de polícia que aproxima, dialoga, dissemina a paz a desfaz o conflito àqueles determinados delitos que, em verdade, não deveriam sequer ter sido tipificados pelo legislador, que violam a proporcionalidade e a subsidiariedade, em que o delegado de polícia simplesmente intensifica o princípio da fragmentariedade, apresentando alternativa que resolve a problemática proposta.

4.6 Controle da Criminalidade pelo Diálogo

O Decreto Presidencial de nº 8.243, de 23 de maio de 2014, instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS e, embora não trate especificamente de segurança pública, tem como diretrizes gerais, previstas nos incisos do art. 3º, o reconhecimento da participação social como direito do cidadão e a valorização da cidadania ativa, ao dispor dentre as diretrizes gerais o reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia.

O PNPS identifica a complementaridade, transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia participativa e direta, o que vai ao encontro das finalidades dos Núcleos de Mediação Comunitário, a exemplo do NECRIM, caracterizado pela solidariedade e cooperação entre os sujeitos envolvidos para a construção dos valores de cidadania e de inclusão social.

Nota-se da atuação resolutiva dos delegados de polícia a prestação do direito a participação informada, à transparência e efetivação de direitos, com aproximação da sociedade, possibilitando o controle social, além do restabelecimento da cidadania ativa, livre expressão e participação da sociedade civil, em absoluto respeito a autonomia privada da decisão adotada pelos sujeitos em conflito.

Analisadas as diretrizes sob a ótica da segurança pública, temos que o Delegado de Polícia Resolutivo, quando desenvolve esforços em prol da mediação, desempenha atividade compatível com as diretrizes da Polícia Nacional de Participação Social, porquanto insere a vítima no centro do conflito, como personagem que merece ser ouvida e com possibilidade de expressão dos seus sentimentos, os quais serão adequadamente valorados, não mais a considerando como mero meio de obtenção de prova, como sistematicamente considerada pelo Código de Processo Penal, em sua leitura tradicional.

Os dispositivos da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015) ao tratar de importantes e novas possibilidades dialógicas de mediação e conciliação na Administração, reafirma e vai ao encontro de uma maior valorização da cidadania ativa, o que incentiva e motiva a decisão de não retroceder no projeto de Núcleos Especiais Criminais, pelo contrário.

4.7 O Delegado de Polícia Resolutivo no Processo Penal e na Legislação Especial

No processo penal, a atuação resolutiva do delegado de polícia pode ser fomentada com a maior utilização das cautelares patrimoniais, como o instituto do sequestro, como importante método de recuperação de ativos adquiridos com proventos da infração penal e na adoção das demais medidas assecuratórias que repercutam posteriormente em conseqüente diminuição de judicialização de demandas cíveis ou criminais.

No âmbito da lei de crime organizado, a Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) prevê a possibilidade de o delegado de polícia e do promotor de justiça celebrarem a colaboração premiada. Cuida-se de instituto há muito previsto na legislação brasileira e pouco explorada, principalmente no Estado de São Paulo, até mesmo pela ausência de uma cultura de cooperação processual penal e da desconfiança dos agentes do estado na credibilidade das informações prestadas pelo autor do crime. É bem verdade que a colaboração premiada deve ser efetiva e alcançar os resultados previstos no art. 4º da lei, obtendo como resultado a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito

das infrações penais praticadas pela organização criminosa e a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Com efeito, observados os requisitos legais, a aplicação da colaboração premiada poderá significar maior economia processual, efetividade das investigações criminais e redução do custo de outras investigações, proporcionar significativa recuperação de ativos em benefício dos cofres públicos ou em reversão às vítimas e quiçá, atingir o perdão judicial ao colaborador. Todas essas medidas podem revelar aparente confronto com os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, mas que em termos de eficiência e economia processual, importam significativo avanço ao combate do crime organizado no Brasil, especialmente quando envolver crimes praticados contra a Administração Pública.

Idêntico mecanismo resolutivo, incentivado pelo delegado de polícia, é o que possibilita ao magistrado a alienação antecipada de bens, inserido pela Lei 12.694/2012 ao CPP, no art. 144-A (BRASIL, 2012):

Art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

A medida simples, além de importar em ato sanitário, porquanto desocupa e libera pátios assoberbados de veículos e bens móveis dos pátios das delegacias de todo o Brasil, possibilita, em termos econômicos, a manutenção do valor de mercado dos bens, afinal, é importante para o direito a repercussão econômica. Pouco importa o resultado do processo criminal. Existindo sentença condenatória ou de absolvição, o comando da sentença será suficiente a direcionar o valor depositado a quem de direito, evitando-se, com isso, o ingresso de novos pedidos ou ações de indenização em face do Estado pela inadequada preservação dos bens.

O modelo resolutivo incentiva a efetividade do processo, reduz o custo do exercício da função jurisdicional e possibilita, como ocorre no NECRIM, o eficiente acesso à justiça.

4.8 A Função Política do Delegado de Polícia Resolutivo

Para além da atuação técnico jurídica do delegado de polícia, as práticas desenvolvidas pela Polícia Civil (Federal), muitas das quais com efetiva participação popular direta, na formação da decisão, como ocorre na mediação, representam o exercício da função política na atuação do delegado de polícia, em busca de uma concepção justa, entendida como concepção razoável a alcançar um regime democrático duradouro pelo apoio dos cidadãos politicamente ativos, de tal modo que as *razões públicas* de Rawls sejam alcançadas pelo exercício ponderado do uso da coerção pelo Estado, com observância do âmbito de decisão do *consenso sobreposto*, entendido como o acordo suficientemente amplo e profundo da decisão constitucional e com respeito ao princípio da legitimidade (GARGARELLA, 2008, p. 229 e 236).

Nesse sentido e extraíndo o conceito de substancialismo da Constituição, como construção de decisões valorativas, consideradas essenciais e consensuais, ou procedimentalista, pela concepção de Habermas (2003), em que o Estado Democrático de Direito encontra na Constituição determinação de procedimentos políticos mediante os quais os cidadãos, posicionados no seu direito de autodeterminação, são instados a alcançar cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida, identificamos a importância do delegado de polícia, como agente de um Estado que tem o cidadão não simplesmente como amigo, mas irmão, em contraponto ao cidadão ou não-cidadão inimigo das teorias funcionalistas extremadas.

Portanto, a função resolutiva é imprescindível para que as investigações realizadas pelos delegados de polícia alcancem a eficiência necessária do processo criminal, mas também tem o papel de repercutir em outros âmbitos do ordenamento jurídico e, ainda, nos destinos da sociedade.

Ao reconhecer a função política, o delegado de polícia deve atuar preventivamente ao acontecimento do fenômeno criminal, sugerindo a adoção de políticas públicas e apontando fatores da criminalidade, o que pode ocorrer pelas conclusões do relatório do Inquérito Policial, passando a ser além de coadjuvante do Poder Judiciário, importante fonte de informação, ao retratar a necessidade do *cidadão* à Administração Pública e ao Legislativo, auxiliando na construção de um processo democrático de inclusão social.

4.9 Núcleos Especiais Criminais Itinerantes como mecanismo de Inclusão Social

A Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (BRASÍLIA, 2015) dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e, no art. 46, estabelece que a mediação poderá ser realizada pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

Avançando e reafirmando a idéia dos NECRIM's itinerantes, a Lei 13.140/2015 (BRASÍLIA, 2015) dá um passo a frente ao possibilitar a mediação pela *internet* ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo, conforme preceitua o art. 46. A iniciativa acaba de ser implantada pela Primeira Câmara Privada de Mediação e Conciliação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do aplicativo para celular denominado *JusPro*.

O que se defende neste trabalho, mesmo antes da edição da Lei 13.140/2015 (BRASÍLIA, 2015) é a capilarização das atividades autocompositivas da Polícia Civil para que alcance atendimento nacional, em todos os Municípios do Brasil, aproveitando a estrutura instalada da Polícia Civil, sem custos adicionais, com significativo avanço do atendimento em Municípios distantes, em que equipe do NECRIM poderá ampliar o atendimento por meio de equipamentos móveis de atendimento.

Com efeito, experiência similar chegou a ser desenvolvida no Pontal do Paranapanema, no Estado de São Paulo, com o pioneiro projeto denominado "Delegacia de Polícia Itinerante", destinado ao atendimento de agricultores residentes em assentamentos.

O objetivo do lançamento do projeto NECRIM Itinerante será o atendimento das populações mais distantes e desprovidas do conhecimento informado, ao mesmo tempo em que isso estabelecerá uma maior consciência de participação popular, com conseqüente inclusão social de maior número de pessoas, principalmente as que mais necessitam da presença do Estado.

Como ensina Lima (2013) a inclusão social é um direito fundamental e necessidade premente em terras brasileiras e pode ser concretizada nas relações

horizontais, por meio da eficácia expansiva desses direitos, sempre que preservada a autonomia privada.

Nesse aspecto, ressalte-se que fonte principiológica do NECRIM é exatamente a preservação da autonomia privada.

Com efeito, Batista ensina que (2010, p.32):

Teoria da Eficácia Horizontal Indireta dos direitos fundamentais (Portugal, Espanha e Itália):... em que os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações privadas, independentemente de regulamentação legislativa. Mas para os particulares devem ser aplicadas levando-se em consideração a autonomia da vontade. É adotada pela jurisprudência brasileira. Portanto, no caso do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, esta teoria visa assegurar o exercício pleno do acesso à justiça como direito fundamental.

Lima (2012, p.37) ainda pontua que a exclusão social vai além da pobreza:

A exclusão social, portanto, vai além da pobreza como carência de recursos e revela-se muito mais como um processo histórico de impedimento ao acesso de instrumentos sociais integradores, gerando, assim, um grupo de indivíduos, fruto dessa ruptura social, os excluídos, que não têm voz e poder na sociedade. Por ser um processo histórico, social e cultural, a exclusão não é um evento inevitável, tendo em vista que é preciso agir no sentido de que ela ocorra, se reproduza e evolua para novas formas, garantindo sua perversa persistência.

A atividade do NECRIM Itinerante poderá fomentar e reforçar entre as autoridades policiais, policiais e demais colaboradores dos Municípios e comunidades atingidas, a necessidade de atitudes mediadoras e conciliadoras no âmbito da persecução criminal como essencial mecanismo de prevenção e superação da cultura de violência, evidente fator de exclusão social na atualidade.

Conforme ensina Santin (2005, p.210), o sistema de prevenção pública da criminalidade passa pela compreensão da violência que decorre do conflito social:

A ineficiência do sistema de prevenção pública da criminalidade é visível, pelo crescimento dos índices de crimes e da sensação de insegurança. A diminuição da eficiência tem inúmeras causas sociais e relação com o grau de atuação estatal, podendo ser indicado o insuficiente número de homens no policiamento preventivo, da incapacidade de combate adequado do crime, do sentimento de impunidade e omissão do Estado no controle da violência. O aumento da violência também decorreria do conflito social.

Nas atividades desenvolvidas pelos Núcleos Especiais Criminais, de forma mais rente possível à realidade social, como são as atividades itinerantes, há

compreensão e tratamento adequado do conflito social. Da dissolução desses conflitos, a maioria não noticiados, extrai-se importante mecanismo de não exclusão social ou de possibilidade de acesso ao maior número de pessoas ao conhecimento informado, à tomada de decisões assistidas e, portanto, promoção de acesso à justiça como mecanismo de inclusão social.

4.10 Mediação de Conflitos Coletivos como Mecanismo de Paz Social e de Investigação Antecipada (Preventiva) de Crimes. Atuação Persecutória Preventiva como meio Eficiente de Produção Probatória

Os conflitos analisados até o momento na seara penal e a forma de acesso à justiça tem conteúdo essencialmente individual, que acaba envolvendo um bem jurídico tutelado, as vezes com prejuízo para uma vítima (sujeito passivo), sempre em detrimento de um interessado – o Estado. Portanto, o conflito criminal tradicionalmente é tratado de forma individual.

Diversos conflitos decorrem de problemas sociais e culturais, ou são originários de múltiplos fatores, em que a infração criminal é identificada tão somente como a ponta de um grande sistema de conflitos particulares ou estatais, que ensejam, até mesmo a constituição de verdadeiros interesses difusos, não somente quanto às políticas de segurança pública.

Santin (2005, p.214) Na ensina que as políticas de segurança pública que trata da gestão dos conflitos criminais constitui interesse predominantemente difuso:

O direito à segurança pública tem característica predominante de direito ou interesse difuso, por ser de natureza transindividual, indivisível, de titularidade dispersa entre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato no interesse geral de recebimento de proteção fornecida pelo Estado na preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Ademais, em uma sociedade plástica, a criminalidade não é estática, exigindo-se alterações na política de segurança pública.

Nas lições de Santin (2005. p. 209):

O Estado não atua de forma adequada no combate à criminalidade e o anseio popular clama pela diminuição dos elevados índices de criminalidade, que afetam diretamente a vida das pessoas. A criminalidade não é estática, fato que pressupõe a necessidade de dinamismo na fixação e alteração da política de segurança pública e o seu plano de ação, para a efetiva prestação de serviço de prevenção e combate das práticas delituosas.

É imprescindível a compreensão da segurança pública como um interesse difuso que exige a participação efetiva de todos na solução do problema criminal, a exemplo do Ministério Público e da Polícia Judiciária.

Sob o enfoque do tratamento da política pública como fenômeno difuso assiste razão a Santin (2005, p.212):

A condição de interesse difuso proporciona a possibilidade de atuação do Ministério Público no assunto, seja administrativamente, por contatos entre órgãos ou pelo inquérito civil, ou judicialmente, por meio de ação civil pública (art. 89, III, Constituição Federal). A segurança é direito social (art. 6º, CF), incluído no rol dos “interesses sociais” defendidos pelo Ministério Público (art. 87, caput, CF). A participação na fixação da política de segurança pública deve fazer parte da política institucional do Ministério Público, devendo o órgão de acusação ser ouvido pelo Executivo e cobrar providências e medidas efetivas para diminuir a criminalidade e proporcionar maior segurança à população, mesmo porque há previsão legal permitindo à instituição no mínimo sugerir ao Poder competente a adoção de medidas destinadas à prevenção e controle da criminalidade (art. 6º, XVIII, letra “b”, da Lei Complementar Federal 75/93, art. 26, VII, da Lei 8.625/93, e art. 104, VI, Lei Compl. Estadual de São Paulo nº734), sendo evidente que os órgãos públicos devem unir as forças, para o efetivo combate à criminalidade de forma eficiente.

As atividades dos Núcleos Especiais Criminais constituem o dinamismo necessário ao enfrentamento do fenômeno criminal, seja do ponto de vista de atuação de uma política de segurança pública, seja sob o aspecto individual do tradicional conflito criminal.

A despeito de críticas iniciais às atividades dos Núcleos Especiais Criminais, conclui-se que essas críticas são importantíssimas e estimulam uma maior reflexão e desenvolvimento da eficiência na prestação dos serviços, afinal, conforme ensina Sartre (2011, p.290):

O Outro é o mediador indispensável entre mim e mim mesmo: sinto vergonha de mim *tal como* apareço ao Outro. E, pela aparição mesmo do Outro, estou em condições de formular sobre mim um juízo igual ao juízo sobre um objeto, pois é como objeto que apareço ao Outro.

Com efeito, além de constituir uma política pública dinâmica de segurança pública, apregoa-se que o NECRIM, sob o enfoque da persecução do conflito individual, ao dissolver o conflito existente, atua prospectivamente evitando novos conflitos, além de restabelecer a dilaceração causada pelo crime. Não raro, muitos homicídios ocorrem no Brasil em razão de um diálogo mal compreendido e de uma discussão ou de um conflito não solucionado.

Portanto, as 16.302 composições alcançadas em 2015 no Estado de São Paulo evitaram uma quantidade incalculável de novos crimes violentos, mas isso não é contabilizado nas estatísticas. Dessa forma, se existe uma cifra negra, o NECRIM colabora para uma pauta de positiva, a ausência de notificações, pela ausência do próprio fato, uma “cifra positiva”.

Defende-se, porém, neste trabalho, que o NECRIM, para além da atuação em conflitos individuais poderá ser bem utilizado na solução de conflitos coletivos, na solução de eventos de massa que fomentam a prática de infrações penais da sociedade de riscos, lançando pautas de enfrentamento, inclusive cobrando ações do Estado e das comunidades envolvidas.

Cita-se, como exemplo, a possibilidade de o NECRIM intermediar conflitos entre pessoas de uma comunidade que reclamam do volume excessivo de som e os usuários desse tipo de equipamento e Municipalidade, com a proposta de que eventuais descumprimentos do acordo podem ensejar sua utilização como meio de prova da existência de vontade consciente em crime doloso superveniente, em um evento conflituoso, se necessário, ou até mesmo para finalidades administrativas.

Uma das funções da investigação criminal está em demonstrar a vontade e a consciência no dolo. Não raro, ingressar no intelecto do sujeito do crime durante a prática do crime é tarefa que exige muito esforço investigativo. Contudo, naqueles casos em que não se obteve a conciliação pode ficar evidenciado a vontade livre e consciente do autor do crime na prática criminosa, o que poderia ser aproveitado para persecução e facilitação de acesso à justiça, tanto das vítimas, Defensoria Pública ou associações de bairro atingidas, como pelo Ministério Público na da ação penal, respeitando-se, em cada caso, o princípio da confidencialidade a que estão sujeitos os integrantes do processo autocompositivo, evidentemente.

A utilização do NECRIM, contudo, como mecanismo da persecução criminal conflituosa deve revestir-se das cautelas necessárias, uma vez que o delegado de polícia, quando atua no NECRIM, anuncia as partes que naquele

momento atua como conciliador e que dentre os princípios da conciliação deve observar o princípio da confidencialidade.

Mas é importante notar que todas às vezes em que não é alcançada a conciliação, os trabalhos são transformados, automaticamente, em persecução criminal para fins de constituição de materialidade e de autoria aos respectivos legitimados ativos da ação penal.

Com efeito, para fins de utilização posterior em mecanismo de persecução criminal conflituosa, a discussão e propostas de conciliação constantes do auto de composição preliminar não podem ser utilizadas para formação da consciência do juiz, isso porque, as propostas são criadas dentro do conceito ético de que não há assunção de culpa e que não se discute mérito no auto de composição.

Mas audiências realizadas pós tentativa de conciliação em que se viu frustrada a composição, quando então as atividades persecutórias se destacam e exatamente para evitar qualquer tipo de prejuízo as partes, eventuais advertências ou confissão de práticas delitivas podem demonstrar o dolo de crime superveniente e devem ser utilizadas pelo magistrado na formação de seu convencimento técnico jurídico quando em consonância com outros elementos de provas constantes do processo. Isso ocorre porque não havendo a autocomposição, a persecução, ao menos no modelo atual, volta a ocorrer normalmente, revestido de conflituosidade que o NECRIM tentou evitar.

Para uma aproximação ao Direito Penal Coletivo, compreende-se que na contemporaneidade, diante de uma sociedade de riscos, certos conflitos que também são tipificados como crimes não encontram as respostas adequadas no Direito Penal.

Condutas relacionadas a crimes contra o consumidor, crimes ambientais, contra o sistema financeiro, fomentados por pessoas jurídicas, com uso de pessoas físicas, passam ilesos ao sistema penal, especialmente ao considerar a ausência de sanções coletivas ou em face de pessoas jurídicas, à exceção dos crimes ambientais.

Nesse ambiente de riscos, necessário ao desenvolvimento social, exsurge uma criminalidade difusa, não amparada pelo Direito Penal tradicional, porquanto inexistente uma teoria da culpabilidade exclusiva a essa necessidade.

Alternativa apregoada por Hassemer (1993) esta na administrativização do Direito Penal. Assim como o Direito Penal atua subsidiariamente ao Direito Administrativo, na sociedade de riscos, em que o Direito Penal é insuficiente, seja por ausência legislativa, seja por carência de uma teoria da culpabilidade, entra em evidência a atuação de um Direito Administrativo.

Nesse aspecto, no âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo existem protocolos de comunicação administrativa supletiva às atividades persecutórias.

Ensina Hassemer (1993, p.137-138) acerca da necessidade da acessoriedade administrativa como complemento aos delitos de conotação difusa:

Accesoriedad administrativa. La accesoriedad administrativa a la que ya antes nos hemos referidos brevemente es probablemente uno de los temas que más hay que tener en cuenta en el ámbito del moderno derecho penal. Como ya he puesto de relieve en otra ocasión, el moderno derecho penal se caracteriza porque el injusto penal no se concentra ya – como sucedía en el derecho penal referido a sectores básicos – em bienes jurídicos perfectamente delimitables, claramente visibles para todos los ciudadanos y fáciles de definir y comprender; sino que más bien describe una forma de injusto que se caracteriza por referencias a bienes jurídicos genéricos, vagos y universales que no se deducen directamente de las normasjuridicopenales. Cuando son los funcionarios administrativos los que deciden donde están los límites del injusto penal, se conmueven importantes tradiciones del derecho penal.

Portanto, na sociedade de riscos, diante de direitos penais coletivos é imprescindível a intervenção do Direito Administrativo como mecanismos de contenção de efeitos colaterais dos delitos.

Nesse ponto, destaca-se a possibilidade-necessidade de atuação não somente dos Núcleos Especiais Criminais, mas no direcionamento de demandas aos respectivos setores administrativos, assim como atualmente ocorre com as atividades persecutórias.

Outro aspecto sobre uma atuação em conflitos conjuntos, a despeito de desprovido de transindividualidade, está nos crimes continuados, em que parcela de prova de uma infração pode servir às demais, diante da conexão ou continência, o que pode ensejar um termo de composição coletivo, desde que a pena máxima em abstrato não ultrapasse o limite admissível para composição no Brasil.

Sobre a demonstração antecipada de dolo, pode ser melhor verificada em conflitos individuais. O tema do dolo eventual nos delitos de transito encontra na

atualidade o maior número de discussões e somente será aplicado em hipóteses excepcionalíssimas. Quem dirige embriagado e atropela alguém, como se sabe, não necessariamente cometeu crime doloso. Mas se antes do crime a autoridade policial ou outras pessoas da comunidade advertiram o motorista das suas péssimas condições psicomotoras, mas mesmo assim ele ignora e provoca o evento trágico, na hipótese, para fins de conflitos individuais compreendemos que essa advertência pode servir como elemento de prova de delito subsequente em eventual processo judicial.

Idêntica solução pode ser utilizada nos conflitos coletivos, em que a conciliação inicial não produziu efeitos, mas em ulteriores encontros ou em proposta de dissipação do conflito houve a confissão ou a advertência de que a prática de determinada conduta poderia ensejar tipo penal. Em eventuais crimes supervenientes o delegado de polícia pode se valer dessa advertência posterior ao termo de composição, como forma de demonstrar a consciência e vontade de delito superveniente, com o fim de verificar se no momento do crime o agente agia animado desse propósito.

É uma solução conflituosa, extraída das atividades pacificadoras do NECRIM, que pode promover eficiência à investigação criminal, isso porque, em Direito Penal, a maior parte dos eventos criminosos não são e não devem ser resolvidos de forma consensual, pelo contrário, e a exemplo da restrição a liberdade, a técnica utilizada é a da força, com exercício da função jurisdicional.

Mecanismo similar defendemos seja aplicado em face do Estado quando a comunicação de conclusões de investigações policiais é realizada pela Polícia Judiciária administrativamente, dentro das atividades típicas de persecução conflituosa. A Responsabilidade do Estado pela omissão é subjetiva. Defende-se que sempre que o Estado é comunicado formalmente pelo delegado de polícia e mantém, de forma recalcitrante, a incidir na omissão que causa delitos ou prejuízo patrimonial, todas as consequências criminais devem e podem ser individualizadas ao agente de forma pessoal e ao Estado de forma objetiva, como importante mecanismo de acesso à justiça.

Nesse sentido, relatórios sobre investigações de delitos incentivados pelo Estado, dos quais decorreram consequências a terceiros podem ser remetidos a autoridade competente para os fins acima propostos.

Com efeito, buscar a alternativa a solução não é um simples movimento de beremerência, voluntarismo ou de bondade do delegado de polícia, antes disso é um dever imposto por outra forma de pensar o Direito Penal e Processual Penal e esse compromisso é melhor cumprido quando alcança a pacificação pela via alternativa, sem descuidar da possibilidade de judicialização como direito fundamental, ao mesmo tempo em que pode ultrapassar o conflito deflagrado para evitar novos e supervenientes conflitos de interesses, em um caminhar comunicativo e participativo de justa e efetiva prevenção.

Sob o aspecto da persecução individual, atividades que não resultaram em acordos, ressalvada as restrições da confidencialidade, podem instruir de forma mais eficiente os instrumentos de persecução criminal, como o Inquérito Policial para atuação do Ministério Público e do querelante, legitimados ativos de eventual relação processual.

E no que tange a atuação em conflitos coletivos pelos Núcleos Especiais Criminais ou nas atividades de persecução criminal ou consensual, as atividades, praticadas de forma consciente e informada, pelos agentes envolvidos nos conflitos – pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado – podem possibilitar soluções eficientes, em primeiro lugar para solução alternativa de conflitos e, em segundo momento, para adoção de medidas de persecução pela Polícia Civil ou Ministério Público, assim como subsidiar medidas administrativas ou judiciais pelo Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradorias etc, compreendendo-se que a paz social exige a efetiva participação dos órgãos de segurança, do Estado e da sociedade.

4.11 Âmbito de atuação dos Núcleos Especiais Criminais

Como asseverado anteriormente, os Núcleos Especiais Criminais, presentes em 41 Municípios do Estado de São Paulo tem inspirado projetos em outros Estados da federação como Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro.

Em 2013 Sanches e Chinellato afirmaram sobre o NECRIM:

O NECRIM é uma realidade que se expande a cada dia no estado de São Paulo funcionando atualmente em 30 cidades e já começa a refletir em projetos nos demais estados da federação, como no Rio de Janeiro e Mato Grosso do Sul, o que comprova sua eficiência e receptividade pelas Instituições Públicas e os demais setores da sociedade.

Atualmente o projeto de pacificação social da Polícia Civil do Estado atua formalmente em 41 Municípios do Estado de São Paulo, inclusive na capital, com a ressalva defendida neste trabalho de que poderia atender os 645 Municípios paulistas, onde existe pelo menos uma Delegacia de Polícia, com a implantação das conciliações incidentais aos Inquéritos Policiais e aos Termos Circunstanciados de Ocorrência.

A capilarização pode ser ainda maior com a atuação de Núcleos Especiais Criminais Itinerantes com finalidades conciliatórias e fomentadoras de educação para a paz, empoderando populações localizadas em comunidades e núcleos comunitários desprovidos da efetiva presença do Estado, o que demonstrará que a Polícia Civil do Estado está em perfeita consonância com os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos recomendados pela ONU e disseminados em ambiente doméstico pelo Conselho Nacional de Justiça.

Quanto ao objeto de atuação e às atribuições básicas os Núcleos Especiais Criminais – NECRIMs estão aptos a receber os procedimentos de polícia judiciária de autoria conhecida, boletins de ocorrência ou termos circunstanciados, referentes às infrações penais de menor potencial ofensivo de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, para instrução e realização de audiência de composição, por meio de mediação ou conciliação, entre autores e ofendidos.

Em seguida, será encaminhado ao Poder Judiciário o termo circunstanciado elaborado, após a realização da audiência de composição e a formalização do Termo de Composição de Polícia Judiciária - TCPJ, que instruirá aquele, independentemente de consenso entre autor e ofendido, bem como nas hipóteses em que tenha se verificado a retratação da vítima quanto ao direito de representação ou de requerimento.

Em razão da natureza de suas atribuições, fica expressamente proibido aos Núcleos Especiais Criminais -NECRIMs registrar qualquer boletim de ocorrência; receber procedimentos de polícia judiciária que versarem sobre fatos abrangidos pela Lei federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) ou tenham como vítima criança ou adolescente.

Encontrando o consenso, portanto, o Termo de Composição de Polícia Judiciária é imediatamente remetido ao Poder Judiciário, com vistas ao titular da

ação penal, quando então será submetido a homologação pelo Poder Judiciário sempre que cumpridas as formalidades legais.

Conforme alertou Cappelletti e Garth (2002, p.67), não basta o acesso formal ao Poder Judiciário – daí aquela terceira onda que impõe efetividade e os primeiros resultados demonstram que há efetividade na forma de proceder os Núcleos Especiais Criminais.

Acerca do conceito de efetividade como ideia de verdadeira eficácia social ensina Sarlet (2012. p.240):

Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. [...] Na verdade, o que não se pode esquecer é que o problema da eficácia do Direito engloba tanto a eficácia jurídica, quanto a social. Ambas – a exemplo do que ocorre com a eficácia e a aplicabilidade – constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno, já que situados em planos distintos (o do dever-ser e do ser), mas se encontram intimamente ligados entre si, na medida em que ambos servem e são indispensáveis à realização integral do Direito.

Essa ideia de efetividade foi inaugurada no Brasil pelo movimento dos Juizados de Pequenas Causas na década de oitenta, passou pelos Juizados Especiais e atualmente alcança os Juizados da Fazenda Pública Estaduais, como representações.

Adequado a essa terceira onda, promovendo a mediação em um prazo médio de 10 dias, experiências de mediação no Brasil como o NECRIM têm alcançado esta eficácia social, representando um significativo efeito prático na solução de conflitos de interesses diante da realidade do judiciário e, principalmente, com fomento à cultura da paz.

A análise da psicologia jurídica e das teorias sobre conflito auxiliaram no processo de entendimento das espirais de conflito, métodos de solução e abordagem do mediador, conhecimentos necessários na formação de novos delegados de polícia mediadores.

Ademais, a compreensão da mediação de conflitos em uma sociedade dita pós-moderna deve perpassar pelos direitos fundamentais e avançar as discussões sobre em que medida as teorias funcionalistas do Direito Penal e o

avanço do direito penal do inimigo obstam a aplicação de novas alternativas que afastem a punição penal, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Existe uma falsa percepção de que o Estado repressor consegue alcançar todas as situações e isso não tem ocorrido, assim como o Estado Liberal não supre as necessidades básicas dos excluídos. O Estado repressor, com modelo retributivo não deixa espaço para o diálogo, situações que estão sendo acolhidas pelos Núcleos Especiais Criminais, com atuação restaurativa e a consequente interação com a vítima e com a comunidade.

A mediação no âmbito criminal, por evidente, não envolve aspectos relacionados à eliminação do *ius puniend*, porquanto, nesse ponto, o interesse-necessidade como condição da ação penal sempre estará presente. Ademais, essa característica da ação penal é que a conduz a sua indisponibilidade do bem jurídico (liberdade e direitos de punir).

Contudo, a ação penal pública tem a obrigatoriedade mitigada em alguns casos e por isso, imprescindível o avanço dos estudos acerca da mediação de conflitos, entendendo-se mediação sob três aspectos.

Primeiro sob o ponto de vista de condição de procedibilidade da ação penal. A (in) disponibilidade dogmática da ação penal pública condicionada e da ação penal privada, do modo como tem sido interpretada nem sempre tem o condão de solucionar o conflito de interesses. Está muito mais relacionada a evitar o *streptus processus* (escândalo do processo) como feição da sociedade patriarcal do século passado. Não raro, a vítima não oferece representação por medo ou para evitar o custo do processo, hipóteses em que o conflito permanece latente.

O segundo aspecto da mediação de conflitos está relacionado à repercussão patrimonial. A reparação não é o fator primordial ou necessário para se alcançar uma mediação, contudo, é inegável que a sociedade atual expressa incomensurável valor ao prejuízo patrimonial como fator desencadeador de conflitos e, a reparação civil, pode repercutir na conciliação, mediação ou na transação penal. Ademais, a efetivação do acordo realizado entre os atores do conflito pode repercutir pedagogicamente na neutralização de novos delitos, inclusive em patamar coletivo.

O fator derradeiro e considerado mais importante é o psicológico de compreensão do outro, de alteridade e de neutralização de conflitos, desencadeado

da aplicação adequada das técnicas restaurativas, dialógicas e de mediação de conflitos, como forma de pacificação social.

Ressalte-se que as técnicas utilizadas pelo NECRIM em nada assemelham ao *plea bargaining* norte americano ou ao *nolo contendere* italiano em que há revolvimento do mérito, ainda que sem assunção de culpa.

Ademais, a mediação de conflitos encontra legitimidade política, na medida em que constitui forma de participação popular na promoção da paz.

Não se trata da adoção do minimalismo penal. Ao contrário, cuida-se da reafirmação de uma política criminal moderna que controla as condutas antissociais, em situações pontuais, sem o emprego da repressão ou da aplicação de sanções penais desproporcionais (FRAGOSO, 1991, p.17).

O modelo de mediação de conflito adotado pela Polícia Civil no Estado de São Paulo, de expressão resolutiva, especializados na mediação de conflitos penais, com repercussão cível, em que a população participa e exerce sua liberdade com autonomia, em decorrência de uma decisão fundamental do delegado de polícia em alcançar à paz social, em detrimento da judicialização desmesurada.

4.12 Núcleos de Conciliação e a Eficiente Persecução Criminal

Quando se insere na discussão a eficiência, pretende-se analisar de que maneira a instalação de 41 Núcleos Especiais Criminais beneficiam a persecução criminal, sendo surpreendente a adesão social e o índice de satisfação na solução aventada, encontrando resistência tão somente em mecanismos mascaradores do paradigma repressor e de dominação do Estado em uma sociedade periférica.

Com efeito, ensina Souza (2006, p.47-48) que em a construção social da subcidadania, para uma sociologia política da modernidade periférica que o sistema de dominação pode ser pessoal ou impessoal:

Bourdieu parte do pressuposto de que toda sociedade constrói mecanismos mascaradores das relações de dominação que são operantes em todas as dimensões sociais. Seja entre as classes, entre os sexos, ou entre grupos de idade, todas as sociedades, modernas ou pré-modernas produzem mecanismos específicos de “des-conhecimento” que permitem, ao refratar a percepção da realidade imediata, que as relações sociais de dominação ganhem autonomia própria ao “aparecerem” como naturais e indiscutíveis. Toda sociedade, portanto, seja pré-moderna ou moderna, rende a naturalizar relações sociais que são contingentes e constituídas socialmente.

A forma que essa *illusio* assume, no entanto, é histórica e mutável. Bourdieu tende a chamar esse efeito encobridor e mascarador de “capital simbólico”. [...] Capital simbólico parece significar o capital, ou melhor, uma espécie de crédito social no sentido mais amplo, que logra transmutar-se e não revelar suas origens arbitrárias. Desse modo, capital simbólico pressupõe mascaramento e opacidade com relação às suas origens e funcionamento prático... Do ponto de vista dos dominantes, o exercício dessa forma de dominação é extremamente custosa. [...] O custo é pessoal em tempo, esforço e obrigações.

Ressalte-se que o NECRIM não despreza a persecução criminal, pelo contrário, a composição ocorre dentro de um procedimento de polícia judiciária, vale dizer, dentro de um Termo Circunstanciado (ou no Inquérito Policial na hipótese de implantação da mediação incidental) e inexistindo o acordo – estima-se que 90% das audiências conduzidas pelo delegado de polícia resultam em acordo –, as partes são imediatamente direcionadas a persecução criminal tradicional, com a produção de elementos de autoria e de materialidade.

Portanto, o NECRIM integra a persecução criminal, mas sob um novo enfoque persecutório, ao lado de mecanismos negociais como a delação premiada, afastando qualquer tipo de simbolismo ou de mecanismo de mascaração dos flagelos sociais. O NECRIM atua exatamente no conflito, sem nenhum tipo de mecanismo usurpador de participação popular, propiciando efetiva inclusão social.

Com efeito, conclui-se neste trabalho pela existência de duas espécies de persecução criminal. A primeira, denominada tradicional ou essencial à judicialização de conflitos, com características conflituosas. Nesse aspecto, conforme analisado, é imprecindível certa dose de conflituosidade especialmente quando se trata de restrição da liberdade.

A partir da inserção do consenso como mecanismo de acesso à justiça, representado por um dos mecanismos que são os Núcleos Especiais Criminais, surge uma persecução criminal consensual.

É certo, porém, não existindo consenso, o procedimento de Polícia Judiciária terá seu tramite normalmente.

Portanto, existe um procedimento persecutório instaurado que tenderá ao consenso para um determinado acesso à justiça, ligado às possibilidades multiportas. Não alcançado o consenso, esse mesmo procedimento continua nas atividades persecutórias tradicionais, normalmente, com formação de materialidade e autoria, ainda que a qualquer momento novas formas consensuais possam ser reestabelecidas pelas partes, inclusive em âmbito judicial.

Nesse sentido, como novo meio de persecução criminal que constitui, a materialidade em nenhum momento é desprezada, a exemplo do que é realizado nos crimes de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, em que há a confecção do laudo pericial e recolhimento de objetos ou instrumentos do crime, os quais são mantidos em cadeia de custódia, uma garantia para as partes em conflito, cujas conclusões periciais e investigativas somente serão utilizadas quando não ocorre o acordo.

Note-se que com essa atuação responsável, além de alcançar 89% de acordos em 2015, conforme índices divulgados pela Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo (anexo 2), ou melhor, 89% de dissolução de conflitos que evitam outros conflitos criminais ou cíveis. Os cerca de 11% que passam pelo filtro do NECRIM serão devidamente judicializados, respeitado direito fundamental de acesso à jurisdição. Com efeito, o NECRIM não prejudica a persecução, pelo contrário, é a persecução – consensual – que pode se transformar na persecução tradicional.

Ademais, os conflitos não conciliados ainda podem ser submetidos novamente à atividade conciliatória dos demais órgãos da persecução, vale dizer, pelo Ministério Público e pelo juiz criminal, pelos advogados em cooperação à sociedade pacificada, ou até mesmo pelo delegado de polícia até o término da investigação (mediação incidental) com a ressalva de que são conflitos que não encontraram solução em métodos alternativos que, por sinal, são alternativos ao padrão, qual seja, ao padrão adotado atualmente, processo criminal que não deve ser prejudicado.

Não que os 11% se transformarão em processos criminais. Muitas vezes, o fato pode ser considerado atípico ou praticado em hipóteses de excludente de ilicitude etc, o certo é que presente a pretensão, não será abstraída das partes ou do Ministério Público o direito fundamental de acesso a prestação jurisdicional. O processo criminal necessário é imprescindível à sobrevivência da sociedade e nos Núcleos Especiais Criminais existe a segurança jurídica de que eventual dissenso, de forma alguma elidirá esse direito fundamental de acesso à justiça às partes.

Com efeito, em um Direito Penal absolutamente repressivo e punitivo, não há que se falar em consenso no direito penal. Contudo, em um Direito Penal Moderno que mantém a função repressiva e punitiva da pena, mas que reconhece o fracasso do sistema penitenciário e avança para a adoção de meios alternativos à

solução dos conflitos, como é o caso do Brasil, afastando da prevenção especial (negativa), como visão do indivíduo como inimigo, temos que o consenso criminal encontra fértil espaço de sobrevivência na persecução criminal moderna, ao lado de técnicas não tão conflituosas como as negociais.

Em verdade, o consenso não só encontra espaço para atuação na persecução criminal, como pode ser considerado como a própria persecução.

O consenso é uma forma de persecução.

Em um Direito Penal democrático que não seja absolutamente repressivo, é preciso repensar as funções da persecução criminal, incluindo o consenso e a prática de justiça restaurativa não mais como alternativas, mas como mecanismos em que o Estado deve atuar nesse novo ambiente dialógico.

Evidentemente que políticas criminais de combate não admitem ou há maior resistência a justiça penal consensual.

Portanto, ao desenvolver mecanismos de persecução criminal voltados para o Direito Penal do cidadão, o processo criminal encontra nos Núcleos de Conciliação da Polícia Civil do Estado de São Paulo importante mecanismo de persecução criminal, a persecução criminal conciliatória.

Não se desconhece que o conceito de persecução não encontra consonância com a atuação em ambiente em que não há inimigos, logo não há quem *perseguir*, mas com quem colaborar, de maneira que melhor fosse a substituição da expressão *persecutio criminis*, por expressão que afastasse a rivalidade Estado-cidadão.

Por enquanto, entendendo 'persecução' como indicativo de atuação dos mecanismos do Estado de compreensão, cooperação, tratamento e resposta do fenômeno criminal, tem-se o consenso penal como integrante da própria *persecutio*, no sentido de atuação eficiente do Estado na pacificação de conflitos sociais.

Mesmo que ainda não seja adotado o entendimento acima, a persecução criminal como um todo é prestigiada pelas atividades do NECRIM, primeiro porque a conciliação ocorre dentro de um procedimento de polícia judiciária – *persecutio criminis* de primeira fase – e, segundo, porque os eventos apaziguados atuam na prevenção de novos delitos, não como uma prevenção geral dissuasória, mas uma prevenção pela dissolução do conflito como móvel a evitar a ocorrência de novos delitos e, por derradeiro, conforme analisado, os conflitos não dissolvidos são instrumentalizados, em tempo razoável e por meios econômicos, com eficientes

provas ou elementos de informação capazes de proporcionar a atuação eficiente do titular da ação penal na segunda fase da persecução.

Portanto, com o NECRIM, nunca há prejuízo, somente ganhos à persecução e, principalmente, a toda sociedade.

O discurso até este ponto bem justifica a atuação do consenso criminal como alternativa à justiça criminal. Mas talvez o problema esteja situado em outro ponto, não no consenso como alternativa, mas no consenso como integrante de uma nova “Teoria Geral da Pena”.

O problema está em discutir consenso em meio a políticas criminais, pautadas no constante conflito entre prevenção especial e prevenção geral, como correspondente ao conflito entre indivíduo e sociedade e a falsa percepção de prevenção geral como vingança inconsciente.

Nesse sentido, Santos (2005, p.1) ensina que a política criminal do Estado tem se confundido com simples política penal instituída pelo Código Penal e pelas leis extravagantes penais como única e última resposta a questão criminal:

No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política penal instituída pelo Código Penal e leis complementares em última instância, a formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal.

Dessa forma os Núcleos Especiais Criminais constituem e contribuem de forma humilde e a pequenos passos, na concretização de uma política criminal de Estado, pautada em um nova forma de “persecução” (em que não há perseguição) criminal, em que sai da simples retórica para desenvolver atuação pragmática fornecendo ao sistema criminal uma solução não imediatista, simbólica ou vingativa.

4.13 Núcleos Especiais Criminais pela Análise Econômica do Direito Penal

Na missão de compreender o crime, seu autor, o móvel e suas consequências, encontra lugar sob a perspectiva consequencialista, o estudo do delito como classe de atos ineficientes e o delinquente como sujeito racional.

Sob esse enfoque, o delito é classificado na categoria de atos indesejados, porquanto causa mais danos que benefícios sociais.

Ensina Sanches (2004, p.10) que o delito é conduta coativa e ineficiente de consignação de recursos:

Por isso, é possível qualificar o delito como conduta ineficiente caracterizada pela transferência puramente coativa de riqueza, realizada a margem do mercado, o que constitui o meio mais eficiente de consignação de recursos.

A indagação e crítica que surge é como fazer frente ao delito.

Nesse aspecto, Sanches (2004) introduz em perspectiva metodológica a economia e o contexto de bens limitados e eleição racional e a ideia de que quem comete delitos são sujeitos racionais que obedecem considerações de eficiência, calculam custos e as vantagens das ações com essas informações, alternativas de comportamento, ou seja, o sujeito somente perpetrará o delito se a sanção esperada for inferior às vantagens privadas esperadas com a realização do ato, o que se aproxima da teoria criminológica do comportamento racional, critério adotado pelo menos para a delinquência econômica.

Na verdade, para Sanches (2004), nem tudo envolve cálculo custo benefício, isso porque o sujeito também considera, ainda que de forma remota, a possibilidade de prisão.

O problema dessa análise do fenômeno criminal reduz a racionalidade humana a uma racionalidade utilitarista e é incapaz de integrar valores, conforme Sanches, *a crítica que de modo mais direto pode ser dirigida à análise econômica do Direito Penal é, precisamente, a relativa a sua incapacidade de integrar valores* (SANCHES. 2004. p. 59) como ocorre, por exemplo, na aplicação de pena de morte.

Com esse recorte epistemológico, analisa-se o Direito Penal sob várias perspectivas, importante para identificação da melhor solução, ou da solução mais eficiente para o conflito.

Com o consenso no direito penal, as possibilidades de mediação incidental no Inquérito Policial tem o objetivo de antecipar o valor mínimo de indenização, além de possibilitar – e o NECRIM tem possibilitado – que indenizações que poderiam demorar mais de 10 anos comecem a ser cumpridas em um prazo médio de 30 dias após a prática do crime, o que serve de reflexão para o autor do crime.

Além de exemplo para prevenção de novos delitos, essa perspectiva econômica é educativa e inviabiliza o crime como meio de obtenção de recursos, pelo menos para os pensam o crime sob análise econômica.

Ademais, o Direito Penal também visa reduzir a própria violência estatal e os avanços contra a desumanidade e crueldade das penas do século XVIII, sob o enfoque da eficiência e da proporcionalidade deixam de ser menos utilitaristas, como adverte Sanches (2004, p.68):

Contudo, no meu entender, o valor social (econômico) que, em termos contratualistas, atribui-se a tais direitos e garantias define um campo cultural em que devem operar as análises de custo/benefício das quais resulta a eficiência de um determinado sistema de Direito Penal.

São necessários, porém, limites ontológicos perante qualquer tipo de construção normativa:

A questão é, então, estabelecer tais limites, que descrevem o âmbito do indisponível para o consenso e, concretamente, para o jogo das preferências individuais (SANCHES. 2004. p.68).

Sanches ajusta o Direito Penal a primados econômicos, que não sacrificam o sistema de direitos e garantias “que não são apenas do acusado, mas de toda a sociedade, como cláusula de garantia geral contra ações arbitrárias do Estado” (SANCHES. 2004. p.8).

A busca pela eficiência, inclusive, é uma imposição constitucional no Brasil, porquanto inserida expressamente pela Emenda Constitucional nº19, de 04 junho de 1998. Nesse aspecto, não basta apenas uma busca retórica pela eficiência, exige-se a introdução de aspectos, como a indenização, fixação de valor mínimo de indenização, consenso criminal com repercussão na reparação civil, como mecanismos de combater a criminalidade, com o mínimo de sacrifício possível do sistema de direitos e de garantias.

Atualmente impera um forte utilitarismo como princípio de condutas de políticas públicas, pelo que a consideração econômica não pode ser desprezada e esses estudos devem nortear os princípios de atuação da política criminal, como viés da política pública do Estado Constitucional de direito.

4.14 Experiências e Primeiros Resultados dos Núcleos Especiais Criminais no Brasil

Instituídos pela Polícia Civil do Estado de São Paulo em 2010, os primeiros resultados começam a desvelar um amplo ambiente de atuação que carecia de atendimento humanístico.

Os Núcleos Especiais Criminais – NECRIMs representam uma faceta da persecução criminal, de atuação paralela a persecução repressiva, que por meio de técnicas restaurativas possibilitaram acesso à justiça e somente em 2015, 16.302 casos resultaram em conciliação, o que representa pelo menos 32.604 pessoas que tiveram seus conflitos dissolvidos pela simples atuação de delegados de polícia, policiais civis, colaboradores e advogados, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, que resolveram alterar a lógica do sistema.

Ademais, esses números revelam apenas uma das facetas do conflito dissolvido, porquanto os crimes afetos ao Núcleos Especiais Criminais quase sempre estão relacionados também a conflitos não-penais, evitando-se assim sobrecarga ao Poder Judiciário, com um significativo impacto positivo, redução de custos e economia processual.

Entre 2010 a 2015 houve um aproveitamento de 89,65%, isso porque das 68.913 audiências realizadas, 61.779 resultaram em acordos.

Considerando que em média as audiência envolvem mais de três pessoas em conflito e a dualidade de objeto de discussão, normalmente conflito penal e não penal, as contribuições do Núcleos Especiais Criminais começam a impactar, de forma positiva, o Poder Judiciário Paulista, com a ressalva que essas conciliações ocorreram, de forma experimental, em 41 Núcleos, ou seja, presentes em tão somente 0,06% dos Municípios Paulistas.

4.15 Estruturação do NECRIM no Estado de São Paulo

Diante dos resultados apresentados até o momento, o Governador do Estado de São Paulo Geraldo Alckmin editou o Decreto nº 61.974, de 17 de maio de 2016, criando em alguns Departamentos de Polícia Judiciária do Estado, os Núcleos Especiais Criminais – NECRIMs e a Central de Núcleos Especiais Criminais.

O Decreto n 61.974/2016 (SÃO PAULO, 2016) estabelece em seu artigo 1º a forma de estruturação dos Núcleos na Polícia Civil do Estado de São Paulo:

Artigo 1º - Ficam criados, na estrutura da Polícia Civil do Estado de São Paulo, da Secretaria da Segurança Pública:

I - em cada uma das Delegacias Seccionais de Polícia dos Departamentos de Polícia Judiciária da Macro São Paulo - DEMACRO e de São Paulo Interior - DEINTERs 1 a 10, 3 (três) Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs, que ficam organizados nos termos deste decreto;

II - no Departamento de Polícia Judiciária da Capital - DECAP, a Central de Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs, que será organizada mediante decreto específico.

Ademais, o art. 10 do Decreto autoriza a Secretaria de Segurança Pública a representar o Estado na celebração de convênios com o Poder Judiciário, municípios paulistas ou entidades públicas ou privadas objetivando a instalação e o funcionamento dos Núcleos Especiais Criminais – NECRIMs

Os Núcleos terão como responsável, privativamente, um delegado de polícia, cujas atribuições foram definidas no art. 2º.

O Decreto nº 61.974, de 17 de maio de 2016 (SÃO PAULO, 2016) constitui importante marco para o reconhecimento das atividades do NECRIM no Estado e estabelece certeza jurídica nas atividades praticadas pelos delegados de polícia desde 2010.

Ao disciplinar as atividades do NECRIM o Governador não invadiu competência privativa à União e, ainda, não disciplinou sobre procedimento, porquanto simplesmente regulamentou disposições previstas anteriormente na Lei 9.099/1995 (BRASIL, 1995).

Com efeito, o Decreto representa a confiança do dirigente do Estado no trabalho que começou pequeno por delegados de polícia que idealizaram um Direito Penal e um Processo Penal diferente para as futuras gerações e pode constituir o primeiro passo que sinaliza que novos modelos de segurança e políticas públicas para inclusão social de modelo resolutivo e participativo devem ser desenvolvidas nos países periféricos.

CONCLUSÕES

Diante das considerações analisadas na dissertação, conclui-se que:

1. A jurisdição Penal constitui monopólio do Estado, cuja função é desincumbida pelo Poder Judiciário, único legitimado a impor pena restritiva de liberdade, por meio do exercício da ação e conseqüente processo, em perfeita consonância com princípios do devido processo legal e sob o contraditório, com a ressalva de que a condição da ação necessidade sempre estará presente nas hipóteses em que o bem jurídico é relevante, até mesmo em nome da proteção eficiente do Estado.

Mesmo nessas hipóteses, ainda que em menor intensidade, soluções abrangentes têm possibilitado o diálogo e consensos parciais naquilo que for disponível, a exemplo da conciliação incidental e dos mecanismos negociais, sempre sob controle da atividade jurisdicional.

2. Acesso à Justiça, compreendido como um direito fundamental, não tem merecido a atenção necessária no processo criminal, com predomínio de ausência de diálogo, decorrência dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade dos procedimentos persecutórios, gerando inúmeras distorções em nome do paradigma formalista em detrimento do ideal de justiça material.

Acesso ao Poder Judiciário e Acesso à Justiça são realidades distintas e mesmo diante dos avanços anunciados pela Lei dos Juizados Especiais continuam a gerar entraves ao pleno exercício da dissolução do conflito de interesses e da promoção da paz social. Abriram-se as portas, mas os descalços não conseguem entrar no sistema de justiça criminal. Quando ingressam, isso ocorre para serem condenados e excluídos ao cárcere.

3. Tradicionalmente, compreende-se o Direito Penal como predominantemente retributivo, decorrência de um Estado repressor, sem espaços para o diálogo.

4. Alternativas postas no trabalho para a reaproximação entre justiça material e pleno acesso a uma ação de direito material, perpassa pela Democratização e humanização da Justiça Criminal, com conseqüente empoderamento dos participantes e atingidos pelo conflito e sensibilização dos operadores do direito responsáveis pela persecução criminal para construção de respostas consensuais, restaurativas e dialógicas.

Esse espaço dialógico encontra ambiente propício naquelas hipóteses em que, a despeito da opção legislativa pela intervenção do Direito Penal, em questões que denotam o simples fracasso de outras instancias de poder, ou seja, em crimes, hoje denominados de menor potencial ofensivo, é que surgem possibilidades de novas soluções à persecução criminal.

5. Para o modelo de justiça criminal essencialmente repressivo e punitivo, bastam atribuições persecutórias sem nenhum perfil conciliatório, aliás, assim disciplinado no Código de Processo Penal, editado sob idênticas influências do estado policial, em que o conflito se resolve pelo conflito. Persecução criminal tradicional de primeira fase constitui-se em simples produção de elementos de autoria e de materialidade, desprovido de agir comunicativo.

6. O trabalho propõe, no entanto, a necessidade de criação de uma persecução criminal em que os mecanismos alternativos propostos passam a integrar a própria persecução, decorrente de uma mudança do paradigma punitivista.

Em verdade, o consenso não só encontra espaço para atuação na persecução criminal, como pode ser considerado como a própria persecução. O consenso é a persecução em um contexto ditado pelo Direito Penal voltado ao cidadão, que não seja absolutamente repressivo. É imprescindível repensar as funções da persecução criminal, incluindo o consenso e a prática de justiça restaurativa não mais como alternativas, mas como mecanismos em que o Estado deve atuar nesse novo ambiente dialógico, alcançando, como consequência, o acesso à justiça criminal.

7. 'Persecução', portanto, constitui a atuação dos mecanismos do Estado de compreensão, cooperação, tratamento e múltiplas respostas ao fenômeno criminal, sendo o consenso penal – instrumento da justiça restaurativa – como integrante da própria *persecutio criminis* no sentido de atuação eficiente do Estado na pacificação de conflitos sociais.

8. Dentro dessas alternativas ou como defendido no trabalho, integrando a persecução criminal estão os Núcleos Especiais Criminais – NECRIM's, implantados pela Polícia Civil do Estado de São Paulo em 2010 como projeto dialógico. No período, dirigidos por delegados de polícia, já realizaram mais 61.700 acordos, índice de 89,65% de conciliação ou mediação dos casos apresentados e

satisfação da população atendida superior a 95%, o que inclui respostas de vítimas e autores de crimes.

9. Os NECRIM's têm por atribuição a resolução de conflitos envolvendo delitos de menor potencial ofensivo, que dependem de condição de procedibilidade, a despeito de o modelo dialógico, consensual e negocial alcançar espaços outros em todos os tipos penais, ao menos na parte disponível do conflito.

10. Nosso sistema legal e constitucional determina a duração razoável do processo, a eficiência administrativa, o modelo dialógico de administração pública, apregoa a paz social e um Estado Constitucional e Democrático de Direito exige participação informada para a promoção de uma verdadeira inclusão social de todos aqueles excluídos da efetiva participação na persecução criminal.

11. As atividades desenvolvidas pelos Núcleos Especiais Criminais alcançam todos esses objetivos, podendo constituir parte integrante de um modelo dialógico, restaurativo e consensual para promoção do acesso à justiça criminal e de reconstrução de um modelo de política criminal pautado em um modelo integrador naqueles delitos de menor gravidade ou dependentes de condição de procedibilidade.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roberto A.R. de. **Os filhos da flecha do tempo: pertinências e rupturas**. Brasília: Letraviva, 2000.
- ALEXY, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALONSO, Fábio Pinha. **A legitimidade do papel conciliador do delegado de polícia nos núcleos especiais criminais – NECRIM**. Dissertação de Mestrado (Direito). UENP, 2014.
- ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: a Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.
- _____. **Democracia e Desconfiança**. *Argumenta: Revista Argumenta Journal Law*, UENP, Jacarezinho-PR: Argumenta, n.16, p.267-281, 2012.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ASÚA, Luiz Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. 3.Ed. Buenos Aires: Losada, 1964. v.1.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BAKHTIN, Mikhail. **Problems of Dostoevsky's poetics**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun., 2005.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à Justiça: Instrumentos Viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas. Coleção UNIVEM, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 2009. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial. Um consenso mínimo entre os humanos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2009.

BOTELHO, Marcos César. **A Legitimidade da Jurisdição Constitucional do pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 mai. 2016.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispões sobre a arbitragem. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. **Lei nº 9.308, de 1º de outubro de 1997**. Autoriza o Poder Executivo a abrir ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária. Brasília, 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1995_1997/l9308.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 5 fev. 2016.

_____. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 5 mar. 2016.

_____. **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. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. **A reparação do dano no direito penal brasileiro.** *Revista Argumenta Journal Law*, UENP, Jacarezinho-PR: Argumenta, n.3, p.93-105, 2003 .

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 20.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e Protagonismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual:** entre os ideais de funcionalidade e garantismo. 4.ed. Rio de Janeiro: Custos Legis, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Cenerentola.** *Rivista di diritto processuale.* Milani, v.1, n.1, p.73-78, 1946.

_____. **Instituições do Processo Civil.** São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição:** Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

CÓDIGO PROCESAL PENAL. (Decreto Legislativo nº 957). *Unodc*, 2004. Disponível em: <https://www.unodc.org/res/cld/document/per/1939/codigo_de_procedimientos_penales_html/Codigo_procesal_penal.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Conciliação e Mediação**. *CNJ*, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

CONTELLI, Everson A.; COSTA, Ilton Garcia. Teoria da Ação de Direito Material no Processo Penal e a Proteção Eficiente da Vítima. In: Ilton Garcia da Costa. (Org.). **Direito e Justiça: Aspectos Atuais e Problemáticos**. v.1. Curitiba: Juruá, 2015. p.301-320.

COSTA, Sónia Isabel Teixeira. **Mediação penal e justiça restaurativa: o debate em Portugal**. Lisboa: ISCTE, 2009. Dissertação de mestrado (Mestre em Sociologia), Instituto Universitário de Lisboa, 2009. Disponível em: <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2445/1/tese%20mestrado_v%20final%20SC.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

COSTA, Ilton Garcia, CACHICHI; Rogério Cangussu Dantas; CACHICHI, Zilda Cangussu Dantas. Amor e Misericórdia: A Flor e o Fruto. In: Ivanaldo Santos e Lafayette Pozzoli (Org.). **Fraternidade e Misericórdia: um olhar a partir da justiça e do amor**. São Paulo: Cultor de Livros, 2016. p.93-99.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 13.ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

_____. ZANETTI JR. Hermes. **Leituras Complementares ao Processo Civil**. 7.ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DUSSEL, Enrique. **Ética de la Liberación: En La Edad de la Globalización**. Madrid: Editora Trotta, 1998.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia *versus* Metodologia?. In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al (Orgs.). **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Derecho y garantías, la Ley del más débi**. Madrid: Ed. Trotta, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRANCISCO, Papa. **Exortação Apostólica Pós-Sinodal *Amoris Laetitia* sobre o amor na família**. São Paulo: Paulinas, 2016.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**. 2.ed. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

GALEANO, Eduardo. **O Livro dos Abraços**. 2.ed. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2010, v.465.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF: Martins Fontes, 2008.

GIACOIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade**. *Revista Argumenta Journal Law*, UENP, Jacarezinho-PR: Argumenta, n.2, p.11-31, 2002.

GUILLÉN, Victor Fairen. Juicio ordinario, plenarios rápidos sumario, sumaríssimo. In.: _____. **Temas del Ordenamiento procesal**. Madrid: Ed. Tecnos, 1969.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça penal restaurativa: perspectivas e críticas**. *Revista Argumenta Journal Law*. Jacarezinho-PR, n.8, p.151-154, Fev. 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.I.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. 2.ed. Niterói, RJ: Luam Editora, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca de satisfação dos interesses da vítima penal**. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2002.

LEYES-CL.COM. **Código Procesal Penal. Artículo 241**. *Leyes-cl.com*, 2016. Disponível em: <http://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal/241.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

LIMA, Jairo Néia. **Direito Fundamental à inclusão social: Eficácia Prestacional nas Relações Privada**. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4.Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Fundamentos do Direito Processual Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1983. v.75.

MACHADO, Fábio Cardoso. **“Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material**. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 7, n.575, 11 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/78-artigos-abr-2007/5585-acao-e-aco-es-sobre-a-renovada-polemica-em-torno-da-acao-de-direito-material>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v.1. São Paulo: Bookseller, 1998.

_____. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003. v.1.

MARSHALL, Tony. **Restorative Justice: an Overview**. London: Home Office, 1999.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos: o Processo Penal sob a perspectiva da Vítima**. Curitiba: Juruá, 2012.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935. p. 399.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Bookseller, 1998, v.I a VII.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “Ação” Processual)**: Uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. Revista de Processo: RePro, v.30, n.124, p.283-290, jun. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/89168>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

MITTERMAYER, C.J.A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Rio de Janeiro: Livraria do Editor, 1871.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**: A Terceira Velocidade do Direito Penal. Curitiba: Juruá. 2011.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2015.

MOYSES, Natália Hallit. **A arbitragem e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. *Jus Navigandi*, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23772/a-arbitragem-e-o-principio-da-inafastabilidade-do-controle-jurisdicional>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In.: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 285-319.

OLIVEIRA, Kelly Oliveira e; SAITA, Roberta Tiemi (Orgs.). **Manual de boas práticas de acesso à justiça**: Mercosul e estados. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2012.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p.19-39.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Los elementos subjetivos del delito**: bases metodológicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro: Novas perspectivas.** Dissertação de Mestrado (Direito Processual). São Paulo: USP, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da; LOURENÇO, Sylvio Lourenço da Silveira. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Ideia de Justiça Kant: Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade.** 3.Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa como perspectiva de superação do paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SANCHES, Caio Afonso Laforga; CHINELLATO, Thiago. **NECRIM- O Mais Novo Instrumento Alternativo de Solução de Conflitos.** Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 29 de jan. de 2013. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8991/necrim_o_mais_novo%20instrumento_alternativo_de_solucão_de_conflitos>. Acesso em: 24 mar. 2016.

SANCHES, Jesús-María Silva. **Eficiência e Direito Penal. Coleção Estudos de Direito Pensl.** v.11. São Paulo: Manole, 2004.

SANTIAGO, N. E. A. et al. **Processo Penal e Constituição I.** Florianópolis-SC: CONPEDI/UFPB, 2014. v. 1.

SANTIN, Valter Foletto. **Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública.** *Revista Argumenta Journal Law*, Jacarezinho-PR, n.5, p.208-216, fev. 2005. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

_____. **O Ministério Público na Investigação Criminal.** 2.ed. São Paulo: Edipro, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria de Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

SÃO PAULO. Assêmbliã Legislativa do Estado de São Paulo. **Decreto nº 61.974, de 17 de maio de 2016.** *Secretaria de Governo*, 2016. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-61974-17.05.2016.html>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica.** 19.Ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.

SCURO NETO, Pedro; PEREIRA, Renato Tardelli. **A Justiça como Fator de Transformação de Conflitos: Princípios e Implementação.** *Centro Talcott*, 2000.

Disponível em: <<http://restorativejustice.org/10fulltext/scuro2.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **O Ministro do STF Luís Roberto Barroso revela tudo sobre o Direito Constitucional e a Descriminalização da Maconha**. *Direitos Humanos, Desconstrução e Poder Judiciário*, 2016. Disponível em: <<http://www.grupoddp.com.br/Descriminalização-da-Maconha.php>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SIMIM, Thiago Aguiar. **A justiça das instituições sociais**: Uma crítica da reconstrução normativa de O direito da Liberdade de Axel Honneth. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v.15, n.4, p.648-663, out./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/20526/14113>>. Acesso em: 03 Jul. 2016.

SOUZA, Jesse. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado (arts.1º a 393)**. v.1. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e Mediação**: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANETI JR., Hermes. **Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)**: polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional nas perspectivas das relações entre direito material e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ANEXOS

ANEXO I

DECRETO Nº 61.974, DE 17 DE MAIO DE 2016

Cria, no âmbito dos Departamentos de Polícia Judiciária que especifica, os Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs e a Central de Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs e dá providências correlatas

GERALDO ALCKMIN, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,

Decreta:

Artigo 1º - Ficam criados, na estrutura da Polícia Civil do Estado de São Paulo, da Secretaria da Segurança Pública:

I - em cada uma das Delegacias Seccionais de Polícia dos Departamentos de Polícia Judiciária da Macro São Paulo - DEMACRO e de São Paulo Interior - DEINTERs 1 a 10, 3 (três) Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs, que ficam organizados nos termos deste decreto;

II - no Departamento de Polícia Judiciária da Capital - DECAP, a Central de Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs, que será organizada mediante decreto específico.

§ 1º - Os Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs e a Central de Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs integram, respectivamente:

1. as Assistências Policiais das Delegacias Seccionais de Polícia a que pertencem;
2. a Assistência Policial da Diretoria do Departamento de Polícia Judiciária da Capital - DECAP.

§ 2º - Deverão ser instalados nos municípios sedes das unidades que integram, preferencialmente em imóveis que não abriguem outras unidades policiais:

1. pelo menos um dos Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs de cada Delegacia Seccional de Polícia;
2. a Central de Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs. **§ 3º** - A área de atuação de cada Núcleo Especial Criminal - NECRIM será aquela abrangida pelo município em que se encontrar instalado.

§ 4º - No Município de Campinas, a área de atuação dos Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs será a mesma da respectiva Delegacia Seccional de Polícia.

§ 5º - A instalação dos Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs será disciplinada por meio de portaria do Delegado Geral de Polícia.

§ 6º - Os Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs e a Central de Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs terão, cada um, como responsável, privativamente, um integrante da carreira de Delegado de Polícia.

Artigo 2º - São atribuições básicas dos Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs:

I - receber os procedimentos de polícia judiciária de autoria conhecida, boletins de ocorrência ou termos circunstanciados, referentes às infrações penais de menor potencial ofensivo de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, para instrução e realização de audiência de composição, por meio de mediação ou conciliação, entre autores e ofendidos;

II - encaminhar ao Poder Judiciário o termo circunstanciado elaborado, após a realização da audiência de composição e a formalização do Termo de Composição

de Polícia Judiciária - TCPJ, que instruirá aquele, independentemente de consenso entre autor e ofendido, bem como nas hipóteses em que tenha se verificado a retratação da vítima quanto ao direito de representação ou de requerimento.

§ 1º - Havendo composição entre autor e ofendido quanto aos danos, em decorrência da audiência de composição, mesmo que este não ofereça representação ou não requeira providências face ao autor, será lavrado o respectivo termo circunstanciado.

§ 2º - Em razão da natureza de suas atribuições, fica expressamente proibido aos Núcleos Especiais Criminais -NECRIMs:

1. registrar qualquer boletim de ocorrência;
2. receber procedimentos de polícia judiciária que:
 - a) versarem sobre fatos abrangidos pela Lei federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);
 - b) tenham como vítima criança ou adolescente.

§ 3º - No caso de requisição de instauração de inquérito policial, o correspondente expediente deverá ser remetido à unidade policial da área circunscricional em que se consumou a infração penal.

Artigo 3º - Aos Delegados de Polícia responsáveis pelos Núcleos Especiais Criminais -NECRIMs, em suas respectivas áreas de atuação, compete:

- I - dirigir, executar e fiscalizar as atividades da unidade;
- II - presidir as audiências de oitivas dos envolvidos e as de composição;
- III - representar ao superior hierárquico sobre as necessidades da unidade.

Artigo 4º - As atribuições dos Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs e as competências de seus respectivos Delegados de Polícia responsáveis poderão ser complementadas mediante portaria do Delegado Geral de Polícia.

Artigo 5º - O parágrafo único do artigo 5º do Decreto nº 33.829, de 23 de setembro de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Parágrafo único - A Assistência Policial, da Diretoria do Departamento, conta com:

1. Unidade de Inteligência Policial;
2. Centro de Controle de Cartas Precatórias;
3. Central de Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs.”. (NR)

Artigo 6º - Fica acrescentada no inciso I do artigo 9º do Decreto nº 33.829, de 23 de setembro de 1991, com nova redação dada pelo inciso II do artigo 4º do Decreto nº 44.260, de 17 de setembro de 1999, alterada pelo inciso IV do artigo 29 do Decreto nº 47.166, de 1º de outubro de 2002, a alínea “d”, com a seguinte redação:

“d) Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs.”.

Artigo 7º - O inciso I do artigo 17 do Decreto nº 44.448, de 24 de novembro de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

“I - Assistência Policial, com 3 (três) Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs;”. (NR)

Artigo 8º - Os incisos I dos artigos 6º dos Decretos nº 49.264, de 20 de dezembro de 2004, e nº 51.039, de 9 de agosto de 2006, passam a vigorar com a seguinte redação:

“I - Assistência Policial, com 3 (três) Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs;”. (NR)

Artigo 9º - O inciso I do artigo 5º do Decreto nº 59.220, de 22 de maio de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:

“I - Assistência Policial, com 3 (três) Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs;”. (NR)

Artigo 10 - Fica a Secretaria da Segurança Pública autorizada a representar o Estado na celebração de convênios com o Poder Judiciário, municípios paulistas ou entidades públicas ou privadas, objetivando a instalação e o funcionamento dos Núcleos Especiais Criminais - NECRIMs.

Parágrafo único - O disposto neste artigo se aplica exclusivamente aos convênios que se enquadrem no previsto no inciso II do artigo 1º do Decreto nº 59.215, de 21 de maio de 2013, cabendo a outorga da autorização da celebração de cada um ao Secretário da Segurança Pública, em consonância com o § 2º do mencionado artigo 1º.

Artigo 11 - A instrução dos processos referentes a cada convênio incluirá manifestação da Assessoria Técnico-Policial do Gabinete do Secretário da Segurança Pública e parecer da Consultoria Jurídica que serve à Pasta, observando-se o disposto no Decreto nº 59.215, de 21 de maio de 2013.

Artigo 12 - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário, em especial o inciso I do artigo 29 do Decreto nº 47.166, de 1º de outubro de 2002.

Palácio dos Bandeirantes, 17 de maio de 2016

GERALDO ALCKMIN

Máximo Alves Barbosa Filho

Secretário da Segurança Pública

Samuel Moreira da Silva Junior

Secretário-Chefe da Casa Civil

Saulo de Castro Abreu Filho

Secretário de Governo

Publicado na Secretaria de Governo, aos 17 de maio de 2016.

ANEXO II

ESTADÍSTICAS 2010 – 2015