

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E JUSTIÇA CONSENSUAL, PODEM CONVIVER HARMONICAMENTE?

ARUAL MARTINS¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Processo como forma de proteção justa e exata. 2. O Direito Penal do Equilíbrio. 3. O princípio da obrigatoriedade e a disponibilidade da ação penal da ação na atual visão do Ministério Público do Estado de São Paulo. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O despontar do século XXI trouxe para o mundo do Direito, especificamente para o mundo do Direito Penal e do Direito Processual Penal, a necessidade de refletir sobre a sua eficiência e sua eficácia na sua forma e maneira de aplicação, forma e maneira cunhadas em quase 300 de uma matriz formatada no positivismo jurídico.

Se de um lado é sabido que o direito penal criado na matriz positivista, onde toda a violação da norma impõe a pena, onde o positivismo se apresenta com alta carga retributiva, e esta retribuição não se dá de forma diversa a não ser mediante o encarceramento, de outro, está na hora de se buscar formas alternativas em que tal retribuição não se mostra de tal transcendente, pois a pena nos moldes assim apresentados vai muito além da pessoa do encarrado, passando para todos aqueles que com ele vivem e convivem.

Na atual situação, na chamada sociedade pós-industrial ou sociedade de risco, o que se deve postular é a intervenção estatal mínima por meio do Direito Penal, devendo-se oferecer uma solução que valorize a cidadania, função essa que não pode ser atribuída unicamente ao legislador, mas também às configurações produzidas na sociedade.²

Diante do surgimento dessa nova mentalidade e dessa nova necessidade, o Estado, por intermédio dos seus órgãos de persecução penal, se vê diante do postulado constitucional do princípio da obrigatoriedade da ação penal, onde, em face da ocorrência de um delito a ação penal é de rigor para a imposição da

¹ Promotor de Justiça no estado de São Paulo. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito de Sorocaba. Mestrando em Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

RESUMO: A crise do Direito Penal tem demonstrado que a aplicação da pena como única forma de sanção já não pode ser mais aceita. Discute-se se outras formas de composição de litígios fora do processo podem ser aceitas, uma vez que, excluindo-se ou mitigando-se o processo, estar-se-ia afastando os princípios constitucionais da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, bem como que o processo seria a única instância para que as partes pudessem ver garantidos os seus direitos materiais e processuais. Devem se buscar outras formas de soluções de conflitos fixando-se na justiça consensual. O Brasil não possui uma forma eficaz de justiça consensual, posto que o sistema processual pátrio ainda vive um dilema conceitual não se definindo entre sistema anglo-saxão ou continental europeu. Neste diapasão, conclui-se que a única saída é a urgente reforma do sistema processual pátrio com a valorização da justiça consensual.

² SILVA SANCHEZ, Jesús-María. A Expansão do Direito Penal. Aspectos de Política Criminal e as Sociedades Pós-industriais. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012.

reprimenda penal. Ora, diante do princípio da legalidade estrita, diante do princípio da obrigatoriedade e presente uma *notitia criminis*, estamos diante da impossibilidade da disposição da ação penal.

Como então harmonizar os princípios da obrigatoriedade da ação penal, da indisponibilidade, o pode-dever do Estado em sancionar a norma penal com a justiça consensual?

Procuraremos palmilhar algum caminho nas próximas páginas deste trabalho.

1. O Processo como forma de proteção justa e exata

A resposta à última indagação acima proposta não pode ser dada se o sistema processual penal brasileiro não assumir a sua identidade definitiva dentre os sistemas processuais hoje vigentes. Vive-se no Brasil uma série crise de identidade processual, não se sabendo se adota o sistema anglo-saxão norte-americano ou sistema continental europeu.

Certo é que o vetusto Código de Processo Penal (também toda a legislação extra codificada), com as suas intermináveis reformas, se mostram uma figura teratológica, com a presença de institutos do direito norte-americano e do direito continental, assumindo uma face híbrida e desfigurada, tentando trazer para si tudo aquilo que acha “o melhor de cada sistema”, mas que não consegue conversar entre si por absoluta falta de sintonia na essência de cada sistema.

O processo penal pátrio, totalmente estruturado em rígidos princípios constitucionais, que se encontram esculpido no artigo 5º da Constituição Federal, se encontra firmemente ancorado nesses princípios e deles não pode abrir mão, pois tais princípios, tidos como “direitos e garantias individuais”, não podem ser alterados e extintos, por serem cláusulas pétreas, nos exatos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal.

Assim, o processo surge como uma forma de proteção e de tratamento igualitário àqueles que demandam em juízo:

[...] levando-se em conta desigualdades individuais, que proporcionam diferentes capacidades reais de adquirir e direitos e contrair obrigações, nas situações jurídicas em que se colocam os imputados, em uma proporcionalidade de diversidades, evitando tratamento igual aos diferentes, mas prevalecendo a condição de, segundo cada situação fática e pessoal, analisada em concreto, todas as oportunidades processuais ficarem disponíveis.”³

Desta forma, o processo penal não estará preso e atado ao rigorismo constitucional exacerbado, mas terá uma mobilidade dentro dos próprios cânones constitucionais em se valendo da individualidade daqueles que demandam e são demandados.

É a individualização do processo. O processo caso a caso.

O processo é a única forma para que possa ver preservadas as garantias constitucionais legalidade e indisponibilidade do processo?

³ PEREIRA, Cláudio José Langrovia; *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*, Quartier Latin, São Paulo, 2008.

Obviamente que não.

Mas, atualmente, diante da atual crise do Direito Penal (e, por consequência, do Direito Processual Penal) outras formas de composição de litígio serão necessárias sendo que:

“[...] assim, no plano substantivo, SILVA SANCHEZ, propôs, um dia, um Direito Penal de duas velocidades, em que se atenda o Direito Processual Penal. ROXIN, referindo-se aos acordos no processo penal alemão, se manifesta: ‘[...] poderá ser que no futuro necessitaremos de dois códigos processuais, um contraditório e outro consensual’. O primeiro absorveria os delitos mais graves e estaria sujeito ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, enquanto que no segundo prevaleceria o princípio da oportunidade e sua aplicação deveria limitar-se à criminalidade menor.”⁴

2. O Direito Penal do Equilíbrio

A expressão Direito Penal do Equilíbrio, apresentada por Rogério Greco,⁵ busca demonstrar justamente a necessidade do equilíbrio entre o Direito Penal “como repressor de todos os ramos do ordenamento jurídico”, que somente poderá ser erigido quando estritamente necessário em face do direito penal mínimo.

A conceituação do Direito Penal do Equilíbrio passa num primeiro momento pelo encontro de qual ordenamento jurídico iremos aplicar ao caso concreto. Como acima destacado das palavras de Roxin, no caso de existirem dois códigos processuais, um para os crimes que exigiriam o contraditório (os mais graves) e outro as formas consensuais (os menos graves), de que forma poderíamos saber qual o grau de gravidade do crime para escolher o procedimento aplicável?

A resposta estaria então na conceição do bem jurídico, ou seja, qual o bem jurídico que estaria sendo violado para que desta forma buscar-se o procedimento a ser aplicado.

O conceito de bem jurídico, nas palavras de Luiz Régis Prado⁶, é tudo aquilo que possui importância para o homem e é capaz de satisfazer as suas necessidades, sendo que a adquire um valor ideal proveniente da ordem social em vigor e por ela é protegido.

Desta forma, os bens jurídicos são toda gama de bens que a sociedade resolveu dar proteção jurídica, por entender que, naquele momento, o direito tem que exercer a sua proteção sobre eles, pois, desta forma, estará mantido o equilíbrio das relações sociais. A própria sociedade emanará comandos proibitivos ou permissivos para a regulação do uso, fruição e disposição daqueles bens.

Na visão de Jakobs⁷ “Um bem é uma situação ou fato valorado positivamente”.

⁴ GUERRERO, Mercedes Herrera; *La Negociación en el nuevo Proceso Penal*, Palestra Editores, Lima, 2014.

⁵ GRECO, Rogério; *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do Direito Penal*. Editora Impetus, Niterói, 2011.

⁶ PRADO, Luiz Régis; *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, Edita Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

⁷ JAKOBS, Gunther; *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Estabelecido o conceito de bem jurídico, a grande dificuldade surge em conceituar aquilo que vem a ser o bem jurídico penal e, em razão disso, objeto da aplicação do direito penal mínimo.

Ora, sabe-se que o Direito Penal é o direito essencialmente positivado e que tal positivismo decorre da atividade estatal exercida pelo poder legislativo na execução normativa. Assim, por mais que se diga que o tal poder exerce a atividade representativa do povo e a sua atividade espelha a vontade popular, certo é que tal produção não irá apresentar a vontade social em tempo real, e, assim sendo, não poderemos dizer que é o reflexo do pensamento social em relação ao que se pensa em relação aos bens jurídicos penais.

A identificação do legislador dos bens possíveis de proteção sempre estará em descompasso com o momento de aplicação do direito.

Vejamos o Brasil da atualidade.

Se levarmos em consideração o Código de Processo Penal Brasileiro, não podemos esquecer que tal diploma legal foi promulgado no início da década de 1940, já ultrapassando seus 70 anos de idade, bem como a Lei de Contravenções Penais, sem falarmos de tantos outros diplomas legais que foram editados sob a égide de um regime de exceção, que já terminou há mais de 30 anos.

Estabelecido o conceito de bem jurídico, o Direito Penal do Equilíbrio tem como sua primeira premissa o princípio da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima é a materialização da teoria do bem jurídico, pois caberá ao legislador a identificação do bem a ser protegido e a criação ou revogação de normas para a ser protegido para a criação ou revogação de normas para a sua proteção, restando o Direito Penal, na forma e maneira como hoje conhecido, como a última *ratio*.

A sociedade deverá indicar ao legislador quais os bens jurídicos que ela considera de maior ou de suma relevância que merecerão a proteção do direito penal, e quais que poderão ser abarcados pelo direito penal mínimo, restando ao primeiro uma atuação de forma subsidiária, residual, quando as outras formas de composição de litígios não se demonstrarem eficazes para tal.

Mas tal indicação deve levar em conta também que o Direito Penal entre em ação, seja de forma plena ou mínima, sendo mister que ocorra uma lesão de direito, ou seja, é de rigor a aplicação do princípio da lesividade (*nulla lex poenalis sine injuria*).

Rogério Greco, em análise ao princípio da lesividade, anota:⁸

“O princípio da lesividade é *um* princípio e não o princípio necessário para a criação dos tipos penais incriminadores. A criação dos tipos penais ficará subordinada, ainda, à constatação da importância do bem que se quer proteger (princípio da intervenção mínima), bem como da adequação social do comportamento que se quer proibir ou impor sob a ameaça da sanção (princípio da adequação social)”.

A lesividade de que se trata é a lesividade que coloca em risco a harmonia social, é a lesividade voltada a terceiros e não ao próprio agente. Desta forma, o

⁸ Ibidem.

Direito Penal está sempre voltado ao equilíbrio social, ao controle social de condutas que irão gerar o descontrole das relações sociais.

É nesse caminhar que o Direito Penal do Equilíbrio chega ao seu quarto princípio: o princípio da adequação social.

Hans Welzel, ao discorrer sobre o princípio da adequação social⁹, assina que:

“Na função dos tipos, de apresentar o ‘modelo’ de conduta proibida, se põe de manifesto que as formas de condutas selecionadas por ele têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas à vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente das ordenações histórica e da vidasocial.

Isto repercute na compreensão e interpretação dos tipos que, por influência da doutrina da ação causal, eram demasiado restritas, enquanto se via a essência do tipo em lesões causais dos bens jurídicos.”

Assim age o legislador de forma propedêutica.

Cabe ao legislador buscar no meio social quais os bens jurídicos que a sociedade, no momento atual, valoriza e quer ver protegido adequando a legislação à total realidade social. Não pode o legislador criar leis em descompasso com a vontade social, pois estaria ditando normas de conduta totalmente diversas com o momento social e caminho escolhido pela sociedade.

Por outro lado, a adequação social deverá ser utilizada para a revogação das normas que estão em desuso ou cuja objetividade jurídica que outrora era objeto de proteção jurídica, hoje está totalmente assimilada pelo cotidiano social.

O princípio da adequação social, nesse caso, não estará presente como criador ou revogador de normas, mas sim como forma de interpretação de normas de Direito Penal, agindo de forma direta na tipicidade. Segundo Silva Sanchez¹⁰, a grande inovação da teoria do tipo objetivo do delito reside em distinguir aquilo que tem e não tem significado para o Direito Penal, devendo o direito valorar somente aquilo que tenha sentido.

O último dos princípios que lastreiam o Direito Penal do Equilíbrio é o princípio da insignificância.

O legislador, vencidas as necessidades limitadoras dos princípios anteriores, deve agora se pautar pelo princípio da insignificância para a tipificação da conduta.

Deverá, com base nesse princípio, eleger quais as condutas que irá proibir (crimes omissivos) ou irá impor (crimes comissivos), ou ainda aqueles cuja prática não irá tolerar (crimes de mera conduta). Nesse universo de condutas, deverá ainda fazer a gradação entre aquelas de grande, médio e pequeno potencial lesivo.

Nesse contexto é que se situa o princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela, como referido no direito alemão.

⁹ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Jurídica do Chile, Santiago, 1993.

¹⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Acción y Tipicidad Objetiva*, Palestra Proferida no “Seminário Internacional Tendencia Actuales em la Teoría del Delito” Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, junho/2017.

O princípio da insignificância deve colocar o legislador diante de um paradoxo: a insignificância está na escolha do bem jurídico a ser protegido, ou a insignificância está na lesão causada pela ação delituosa?

Ou seja, é insignificante o bem jurídico tutelado, ou resultado da conduta tida como delituosa?

A resposta está no estudo da tipicidade.

Ao analisarmos a tipicidade, verificamos que o legislador escolherá, atento aos desejos sociais, quais os bens jurídicos que merecerão ser penalmente protegidos, tipificando, assim, condutas que atentem contra tais bens jurídicos.

A partir do momento que a escolha legislativa, baseada na vontade social, deixa de proteger dados bens jurídicos, porque a sociedade entende que tais são de pequena relevância e não merecem a proteção do Direito Penal, não há de falar em insignificância do Direito Penal, mas sim no indiferente penal, ou, na atipicidade.

Atipicidade não gera a ação do Direito Penal, em quaisquer de suas formas.

Ora, se o legislador não tipificou a ação atendendo ao comando social de que o bem jurídico é insignificante, temos, então, que a questão da insignificância está no resultado da conduta.

Havendo a proteção de um bem jurídico, o conceito de criminalidade de bagatela, ou da insignificância, deverá ser apurado em razão do resultado produzido pela conduta a ser analisada e não pelo bem jurídico a ser tutelado.

Tomemos como exemplo o bem jurídico patrimônio cuja ação criminosa está consubstanciada no furto. Para se saber se estamos diante de um furto de bagatela ou não, devemos tomar como parâmetro o montante do valor subtraído. Se o agente furta um tubo de creme dental avaliado em R\$ 2,50, certamente todos dirão se tratar de crime de bagatela, mas se forem furtados R\$ 10.000.000,00 do cofre de um banco, nunca assim o será considerado.

Vejam que a conduta é a mesma, o bem jurídico ofendido é o mesmo, mas o resultado é diverso.

Como se vê, o reconhecimento da bagatela, na lição de Silva Sanchez¹¹, é um reconhecimento do direito processual e um argumento meramente de política criminal.

Conclui o mestre que as condutas ditas insignificantes devem ser analisadas com muita cautela, ponderando-as com o valor dos bens jurídicos ofendidos, uma vez que a insignificância deve ser levada em consideração nos contextos de massificação (quando realizadas por um grande número de pessoas o crime endêmico), ou ainda nos contextos de repetição (repetição de condutas pequenas na sociedade que geram o desassossego social), ou ainda nos contextos de acumulação (a acumulação de pequenas condutas que, somadas umas às outras geram um macro problema; v.g., pequenos crimes ambientais em uma bacia hidrográfica que acabam por comprometer-la irremediavelmente).

¹¹ Ibidem.

Tais princípios geram o Direito Penal do Equilíbrio, que busca esteio na justiça consensual.

1) A Justiça Consensual:

O sistema processual brasileiro, como acima referido, ainda não assumiu a sua verdadeira identidade, vivendo um momento de grande crise ao não se alinhar de uma vez por todas ao direito anglo-saxão norte-americano, tampouco ao direito continental europeu.

Tal ausência de posicionamento, como se verifica, não permite a adoção de uma tão almejada justiça consensual, ao mesmo tempo que se pretende utilizar de forma imprópria os institutos vigentes em outros sistemas, sem que o sistema vigente seja capaz de reconhecê-lo e com eles se harmonizar.

É o caso, por exemplo, da colaboração premiada tão em uso em tempos de operação Lava-Jato.

A delação premiada deriva do instituo do *plea bargaining* do direito norte-americano onde, em face de uma acusação, o acusado negocia com a promotoria um acordo onde reconhece a sua culpa e recebe uma concessão por parte do órgão da acusação. Tal instituto permite ao acusado receber uma pena negociada e reduzida, bem como ao órgão da acusação a redução do tempo e dos custos processuais.

Tal sistema dá às partes a certeza de seus objetivos, subtraindo assim a decisão do crivo judicial, que funciona como órgão homologatório.

Como se pretende no Brasil com o sistema da delação premiada, a *plea bargaining* poderá incluir nos seus acordos várias formas de colaboração por formas do acusado a descoberta de outros crimes, a recuperação de ativos, a reparação de danos e etc.

Como derivação da *plea bargaining* existe o instituto da *guilty plea*, qual seja, a assunção da culpa pelo acusado em troca de uma pena mais branda.

Por seu turno, o direito continental europeu também apresenta algumas formas de justiça consensual que poderão servir de inspiração ao legislador pátrio.

Da Itália merece destaque o instituto do *patteggiamento*¹².

O *patteggiamento* nada mais é do que a aplicação da pena a pedido da parte, ou seja, um acordo entre o acusado e o Ministério Público sobre a pena a ser imposta. Tal pena consiste na substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, ou ainda de uma pena pecuniária reduzida a um terço do valor, para os delitos cuja pena privativa de liberdade seja inferior a cinco anos, ou ainda, superior a dois anos, em se tratando de delinquentes habituais, profissionais ou reincidentes.

Por seu turno, o direito processual lusitano contempla a justiça consensual através de dois institutos: a *dispensa de pena* e a *suspensão provisória do processo*.

¹² “Il patteggiamento: l’ applicazione dela pena su richesta dela parti”, Studio Cataldi, in www.stuioataldo.it;

A *dispensa de pena* cuida de uma medida que pode ser aplicada como alternativa às penas de prisão e multa, sendo aplicável tanto na fase do inquérito, quanto na fase da instrução da causa, sem falar, por óbvio, na sentença.

Tal instituto é possível de ser aplicado nos crimes de pequena gravidade ou naqueles cuja aplicação está taxativamente prevista na lei, desde que apenas não suplante os 6 meses de prisão ou 120 dias-multa, a ilicitude do fato e a culpabilidade do agente sejam diminutas e tenha havido a reparação do dano.

A *suspensão provisória do processo*, como o próprio nome diz, se aplica aos crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, por ação do Ministério Público, que agirá de ofício ou mediante requerimento do ofendido ou do seu advogado, verificados a concordância do acusado, a ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza, a ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza, não couber medida de segurança de internação, ausência de elevado grau e culpa e se verificar que o cumprimento das medidas restritivas impostas respondam de forma suficiente à prevenção que o caso requer.

2) A justiça consensual no Brasil:

A justiça consensual no Brasil hoje se apresenta de forma bastante incipiente, uma vez que os seus únicos institutos estão encerrados na Lei nº 9.099/95.

Vejam que estamos falando de institutos que foram positivados há mais de vinte anos e que até o momento se encontram isolados no nosso ordenamento jurídico. São eles: a suspensão condicional do processo e transação penal.

A Lei nº 9.099/95 trata desses dois institutos de justiça consensual como forma de mitigar o processo, desconsiderando toda a teoria do Direito Penal do Equilíbrio a que nos referimos acima.

Os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo se apresentam de forma meramente utilitários, desconsiderando quaisquer outros que não sejam a pena privativa de liberdade.

Assim, bens jurídicos de relevância extrema são deixados de lado em nome de um utilitarismo processual sem precedentes; e outros, de pouca gravidade, são alijados da consensualidade para enfrentar os rigores do processo.

Como exemplo de tal descompasso podemos citar o delito de autoaborto (crime doloso contra a vida), que faz jus à suspensão condicional do processo, e o delito de adulteração do número de chassi de veículo (crime contra a fé pública), que não faz.

O legislador pátrio ainda não se encontrou e não conseguiu caminhar em uma forma segura de justiça consensual, se valendo de arremedos, sem bases teóricas para colocar a nau no rumo certo.

Diante dessa ausência de vontade legislativa, algumas alternativas não positivadas despontam no horizonte jurídico, buscando mitigar o processo penal convencional e visando dar aos litigantes uma alternativa ao sistema do encarceramento.

É o caso da justiça restaurativa.

Nascida da iniciativa de operadores do direito, a justiça restaurativa consiste em “[...] um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito caracterizado como crime, que envolve a participação maior do infrator e da vítima”¹³, incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa.

Consiste na mediação entre o autor do delito e a vítima para a composição do litígio, não apenas no âmbito patrimonial, mas, sobretudo, no emocional.

Aqui, mais uma vez, caímos na redundância das medidas anteriormente referidas que estão adstritas a Lei nº 9.099/95.

3. O princípio da obrigatoriedade e a disponibilidade da ação penal da ação na atual visão do Ministério Público do Estado de São Paulo

Falamos de forma taxativa de um posicionamento institucional sobre o tema é algo que pode parecer até temerário, uma vez que não podemos olvidar da garantia da independência funcional que, tanto a Procuradoria Geral de Justiça, quanto a Corregedoria Geral do Ministério Público garantem aos seus membros.

Assim sendo, não há um posicionamento institucional, tampouco uma diretriz normativa traçada pela Corregedoria Geral.

A independência funcional de cada membro do Parquet Bandeirante é respeitada, sendo que as observações a seguir apresentadas decorrem do posicionamento da Procuradoria Geral de Justiça mediante as manifestações apresentadas nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, ou seja, quando instada a fazê-la pelos juízos de primeiro grau.

Deste modo, o entendimento da Procuradoria Geral está sedimentado nos Enunciados de Entendimentos constantes do home page institucional (http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/sumulas_de_entendimento), de onde algumas conclusões podem ser tiradas:

- a) não se aplica a suspensão condicional do processo nos casos de crimes envolvendo violência doméstica;
- b) não se aplica a suspensão condicional do processo nos casos de recepção, quando o produto advenha de roubo de carga, em razão da reprobabilidade do crime anterior;
- c) o alto grau de embriaguez impede a formulação de proposta de suspensão condicional do processo;
- d) o denominado “princípio da bagatela impróprio”, extraído da teoria funcionalista da culpabilidade, não configura fundamento válido para o arquivamento do inquérito policial, haja vista lastrar-se em tese incompatível com a concepção de culpabilidade adotada pelo Código Penal brasileiro (teoria normativa pura da culpabilidade).

Como visto, a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo adota um posicionamento voltado à indisponibilidade da ação penal diante da valoração da gravidade do bem jurídico ofendido e do dano social causado pelo delito, fazendo uma ponderação entre o interesse coletivo e o interesse individual do acusado, optando pelo processo.

¹³ “Justiça restaurativa: O que é e como funciona”, <in <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272>>.

Conclusões

A falência do sistema de justiça criminal tradicional tem imposto a busca de novas formas de composição dos litígios diversos do encarceramento.

Buscam-se várias alternativas para tais, sendo que as alternativas mais bem aceitas estão no chamado Direito Penal do Equilíbrio, que consiste na aplicação de uma justiça consensual, mitigando a aplicação da pena utilizada à exaustão pelo sistema de justiça criminal tradicional.

Questiona-se se tal Direito Penal do Equilíbrio, valendo-se da justiça consensual, não violaria os princípios constitucionais da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, pois tais princípios seriam as únicas formas de termos um processo justo e eficaz, sendo, portanto, impossível os órgãos de aplicação de justiça do Estado dele abrirem mão.

O momento atual, na chamada crise do Direito Penal, impõe que novos modelos criados e adaptados a essa realidade, sem que os princípios constitucionais sejam violados ou mitigados.

Tanto no direito anglo-saxão, quanto no direito continental europeu, institutos de justiça consensual já são utilizados no intuito de que o justiça penal tradicional abra espaço para novas formas de solução de conflitos onde o encarceramento se apresente como a última *ratio* e se busque uma maior efetividade do direito penal.

O processo penal brasileiro enfrenta hoje uma série crise de identidade sem saber a qual sistema se filiar. Não sabe o legislador pátrio se adota o sistema anglo-saxão ou se se mantém fiel ao sistema continental europeu. Uma coisa é certa, nos parece que se quer aproveita tudo o que é de melhor de cada um dos sistemas sem se filiar a qualquer um deles, criando-se assim algo disforme, como o que vivemos no presente momento.

O direito brasileiro é pobre demais em matéria de justiça consensual.

Vivemos ainda a base de dois vintenários institutos trazidos pela Lei nº 9.099/95 (a transação penal e a suspensão condicional do processo) cuja aplicação é limitada e de duvidosa eficácia.

Algumas atitudes isoladas se fazem presentes, como a justiça restaurativa (que não tem previsão legal), mas que sofre sérias desconfianças e até resistências da comunidade jurídica.

Contamos com o instituto da colaboração premiada, arremedo do *plea bargaining*, e de aplicabilidade diminuta e totalmente confusa, cuja efetividade até o presente momento não se apresentou, nem mesmo no âmbito da festejada Operação Lava-Jato.

De tudo o que foi visto, conclui-se que as reformas processuais penais urgem, e com a devida atenção ao sistema de justiça consensual.

Bibliografia

CARVALHO, Luiza de. **Justiça restaurativa: o que é e como funciona.** *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272>>.

CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça Restaurativa: um novo modelo de justiça criminal.** *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Disponível em: <www.tribunalvirtualibccrim.org.br/artigo>.

GABINETE e Documentação de Direito Comparado. In: **Procuradoria Geral da República de Portugal**. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/>>.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** Niterói: Impetus, 2011.

GUERRERO, Mercedes Herrera. **La Negociación en el nuevo proceso penal.** Lima: Palestra Editores, 2014.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal: parte general.** Madrid: Marcial Pons, 2012. MASI, Caio Velo. *A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano.* Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br>>.

PEREIRA, Cláudio José Langrovia. **Proteção jurídico penal e direitos universais.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos de política criminal e as sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Acción y Tipicidad Objetiva.** In: Palestra Proferida. **Seminário Internacional Tendencia Actuales em la Teoría del Delito.** Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, jun. 2017.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Santiago: Juridica do Chile, 1993.