

# TUTELA PENAL DE INTERESSES DIFUSOS, JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CRIMINAL PROTECTION OF DIFFUSE INTERESTS,  
NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE AND THE NEW  
CHALLENGES OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE

LA PROTECCIÓN PENAL DE INTERESES DISTINTOS, LA JUSTICIA  
PENAL NEGOCIADA Y LOS NUEVOS RETOS DE LA FISCALÍA

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. Direito Penal democrático e a dupla face dos direitos fundamentais; 2. Bem jurídico-penal difuso; 3. Processo penal coletivo: mudando paradigmas em busca da efetividade do sistema de justiça criminal; 4. Dano moral coletivo no processo penal; 5. Discricionariedade da ação penal pública; 6. Justiça penal negociada e os limites de disposição na tutela penal de interesses difusos; Considerações finais; Referências.

## RESUMO:

A partir de uma pesquisa teórica do ordenamento jurídico, pelo método lógico-indutivo, o presente estudo tem o objetivo de analisar as recentes transformações operadas no sistema de justiça criminal brasileiro, em especial no regime jurídico do Ministério Público no processo penal, de um lado com a ampliação da ingerência penal na tutela de bens e interesses difusos e, de outro, com a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pela aceitação da via consensual na solução de controvérsias

Como citar este artigo:

TURESSI, Flávio,  
PONTE, Antonio.  
Tutela penal de  
interesses difusos,  
justiça penal negociada  
e os novos desafios do  
ministério público.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 36, 2022,  
p. 343-374

Data da submissão:  
16/01/2022

Data da aprovação:  
27/05/2022

1. Universidade Nove de  
Julho - Brasil  
2. Pontifícia  
Universidade Católica  
de São Paulo - Brasil

penais, e os limites de disposição da ação penal pública, nessa quadra de atuação, diante de um sistema acusatório de cariz romano-germânico, concluindo pela necessidade da instituição de um processo penal coletivo que prestigie a vítima difusa, a reparação coletiva de danos, e apontando a insuficiência da via negociada de aplicação da lei penal, através de concessões recíprocas, em determinados casos, diante de uma extraordinária dispersão dos lesados, decorrência da diretriz traçada pelo princípio da proporcionalidade e vedação da proteção penal insuficiente.

### **ABSTRACT:**

Based on a theoretical research of the legislation, using the logical-inductive method, this essay aims to analyze the recent changes in the Brazilian criminal justice system, especially in the legal system of the Public Prosecution Office in criminal procedure, on the one hand with the expansion of criminal interference in the protection of diffuse assets and interests and, on the other hand, with the flexibility of the principle of mandatory public criminal action, by the acceptance of the consensual route in the solution of criminal disputes, and the limits of disposition of public criminal action, in this field of action, faced with a Roman-Germanic accusation system, concluding the need to institute a collective criminal process that honors the diffuse victim, collective compensation for damages, and pointing out the insufficiency of the negotiated way of applying the criminal law, by means of reciprocal concessions, in certain cases, in the face of an extraordinary dispersion of the injured parties, as a result of the guideline outlined by the principle of proportionality and prohibition of insufficient criminal protection.

### **RESUMEN:**

Basado en una investigación teórica del ordenamiento jurídico, utilizando el método lógico-inductivo, el presente estudio tiene como objetivo analizar los cambios recientes en el sistema de justicia penal brasileño, especialmente en el régimen legal de la Fiscalía en los procesos penales, por un lado con la ampliación de la injerencia delictiva en la protección de bienes e intereses difusos y, por otra parte, con la flexibilización del principio de la acción penal pública obligatoria, por la aceptación de la vía consensual en la solución de las controversias penales, y los límites de

disposición de la acción penal pública, en este campo de acción, frente a un sistema acusatorio de carácter romano-germánico, concluyendo en la necesidad de la institución de un proceso penal colectivo que prestigie a la víctima difusa, el colectivo reparación de daños, y señalando la insuficiencia de la vía negociada de aplicación de la ley penal, a través de concesiones recíprocas, en ciertos casos, ante una dispersión extraordinaria de víctimas, producto de la directiva perfilado por el principio de proporcionalidad y prohibición de tutela penal insuficiente.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Ministério Público; Bens jurídico-penais difusos; Ofensividade; Justiça penal negociada; Princípio da proporcionalidade.

**KEYWORDS:**

Public Prosecutor's Office; diffuse criminal legal assets; offense; negotiated criminal Justice; principle of proportionality.

**PALABRAS CLAVE:**

Fiscalía; bienes jurídico-penales difusos; ofensividad; justicia penal negociada; principio de proporcionalidad.

**INTRODUÇÃO**

A clássica divisão entre o *Direito Público* e o *Direito Privado*, promovida em termos de predominância (e não de exclusividade) a partir da utilidade pública ou particular da relação subjacente, que remonta às origens da ciência do Direito e fixa, em polos distintos, o indivíduo e o Estado, com a evolução da sociedade moderna revelou-se insuficiente para a solução de lides e a pacificação de conflitos de interesses.

O declínio dos feudos no período medieval e, já na Idade Moderna, as Revoluções Francesa e Industrial, transformaram ferozmente as relações jurídico-sociais que, a partir de então, tiveram como pedra de toque a formação de grupos, num movimento marcadamente voltado ao fortalecimento e tutela de seus próprios interesses, mitigando a velha distinção entre o público e o privado (MANCUSO, 2000, p. 34).

Durante esse período de transição, fomentadas pelo processo de in-

dustrialização e, mais adiante, pelos avanços tecnológicos da sociedade pós-industrial, dinâmica, *online*, as demandas sociais também se transformaram e, consentâneas com a própria transformação do corpo social, construíram cenário propício à formação de novos centros de agressão a novos bens jurídicos.

Assim é que nasce, em esforço de síntese, a ideia de *interesses difusos, coletivos em sentido amplo* ou *transindividuais*, direitos fundamentais indicados como de terceira dimensão, afetos a um grupo de pessoas que, por tal razão, excedem o âmbito individual, mas que, de outro lado, não esbarram na órbita do interesse público primário, e, como não poderia deixar de ser, a necessidade de ampliação do acesso ao sistema de Justiça, com a adoção de novos e adequados instrumentos processuais de tutela coletiva.

De fato, as ferramentas jurídicas tradicionalmente manejadas para a solução de conflitos marcadamente individuais, ante a formação de novos interesses, com titulares indeterminados e objeto indivisível, revelaram-se insuficientes na busca da necessária pacificação social.

Não por acaso, buscando ajustar-se às novas relações jurídicas originadas pela evolução social, a ciência do Direito passou a enxergar a necessidade de tutela específica desses interesses de grupos, tais como, a saúde pública, as relações de consumo, o meio ambiente, a família, a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, o idoso, as pessoas portadoras de deficiência, a probidade administrativa, a segurança viária, etc.

Em nosso ordenamento jurídico, alçados ao texto constitucional, coube ao legislador ordinário, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 81, parágrafo único, I, II e III), conceituar os interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, classificação que ganha especial importância ao se enveredar pelo campo da legitimidade ativa para o manejo de ações judiciais e, notadamente, alcance dessa tutela no plano jurisdicional.

Aliás, como explica Mazzilli (1997, p. 160), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 103, I, II e III) e a própria Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85, art. 18), de forma sistêmica, coerente e uniforme, mitigaram o fenômeno da coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, segundo o resultado da demanda: a) em caso de procedência, haverá coisa julgada; b) em caso de improcedência por qualquer motivo, exceto por falta de provas, também haverá coisa julgada; c) em caso de im-

procedência por falta de provas, não haverá coisa julgada, sendo possível a propositura de outra ação com base em nova prova.

Na seara penal, como não poderia deixar de ser, ainda que limitada a ingerência estatal, de forma intrínseca, pelos conhecidos princípios da intervenção mínima, legalidade, culpabilidade e ofensividade, num Estado social e democrático de Direito, que descortina uma *dupla face dos direitos fundamentais*, as transformações noticiadas também operaram profundas mudanças em sua esfera de atuação, e, conseqüentemente, na atuação do Ministério Público, titular privativo da ação penal pública.

O Direito Penal clássico, outrora marcado por forte influência liberal-individualista, voltado à tutela de bens puramente individuais, cedeu espaço à modernização e passou a enxergar, também, a necessidade de emprestar sua força coativa à tutela de bens jurídico-penais universais, de titularidade difusa, sendo certo que “los bienes jurídicos, antes que jurídicos, son valores de los hombres y que al menos en una parte considerable señalan y siguen la evolución de la realidad social” (SANTANA VEGA, 2000, p. 45).

De fato, a modernidade trouxe consigo seu novo terrorismo, que em nada se parece com práticas promovidas por grupos separatistas no século passado; seu novo tráfico de drogas, potencializado por avançadas técnicas de produção de estupefacientes sintéticos e pela facilidade sentida no transporte e disseminação social em rotas consumidoras mundialmente interligadas; seu novo e altamente lucrativo tráfico de armas, animais e plantas silvestres; seu novo tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual, inclusive pedofilia pela rede mundial de computadores, transplante clandestino de órgãos e escravidão, agora denominada condição análoga à de escravo; e, ainda, a denominada macrocriminalidade econômico-financeira, caracterizada pela busca desmedida do lucro fácil, com o incremento e o apoio da corrupção de agentes públicos (TURRESSI, 2019, p. 74).

Nessa linha de intelecção, diante dessa nova realidade que se apresenta, constata-se que a nova leitura do Direito Penal contemporâneo converge para sua leitura constitucional e, por conseguinte, para a releitura dos seus próprios limites e delimitação do seu campo de proteção, vale dizer, para a delineação do bem jurídico-penal, essência do arcabouço punitivo de qualquer Estado constitucional.

Com efeito, o bem jurídico-penal que, mercê dos embates das chamadas concepções metodológicas, no final do período da Segunda Guerra Mundial, era concebido como uma simples abreviatura do pensamento teleológico e desempenhava papel meramente secundário na dogmática penal, ressurgiu, após findo o conflito bélico, como elemento de concretização e identificação de valores penalmente relevantes, despontando como instituto de limitação do poder de punir do Estado (VIVES ANTÓN, 2011, p. 812-813).

Na lição de Roxin (2003, p. 56), “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema”.

Pode-se afirmar, no ponto, que, sob os auspícios de um Estado social e democrático de Direito, o Direito Penal deve proteger bens jurídicos fundamentais; e o que é fundamental para a Constituição é o desenvolvimento da justiça social, dignificando o homem.

E, como afirma Carvalho (1992, p. 100), “A proteção exacerbada de bens jurídicos individuais, em detrimento do bem jurídico *justiça social*, *direito social*, foge à nova ordem constitucional”.

Toma-se como exemplo, aqui, a ordem econômica e financeira que, constituindo parte da denominada *Constituição Econômica*, vem disciplinada de forma minudente na Carta Política de 1988, em seus arts. 170 a 181, marco jurídico para que a livre concorrência ganhasse magnitude e dignidade jurídico-penal (PRADO, 2007, p. 39).

Ora, se em um Estado social e democrático de Direito o lucro e o poder econômicos são fatores inerentes ao mercado, sendo lícito o exercício de atividades econômicas que não restrinjam a livre concorrência, caso caracterizado seu exercício abusivo, colocando-se em risco a própria competição, a ingerência penal terá indiscutível legitimidade constitucional.

Assim sendo, se por um lado urge a necessidade de interação do sistema jurídico para o esmorecimento enfrentamento da criminalidade difusa, inclusive na seara processual, com a adoção de um processo penal coletivo que prestigie a vítima difusa e a reparação dos danos, de outro lado convive-se com o expansionismo da via consensual para a solução de conflitos penais e, conseqüentemente, com o paulatino enfraquecimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de colaboração premiada, acordo de leniência na Lei Antitruste e na Lei Anticorrupção, acordo de não persecução penal, acordo de não persecução cível, apenas alguns dos novos institutos que, direta ou indiretamente, impactam no funcionamento do sistema de Justiça Criminal e, no limite, evitam o processo penal adversarial.

Há, efetivamente, diferentes modelos de política criminal, de dogmática penal e processual penal, e o Ministério Público do presente deve estar atento à nova realidade que se lhe apresenta.

Nesse contexto atual, na percepção de Vasconcellos (2019, p. 26), há de se reconhecer um emblemático momento de tensão no campo jurídico-penal: a caracterização de um amplo modelo de justiça criminal negocial expõe a dúvida entre a ocorrência do “fim do Estado de Direito” ou o desvelamento de um “novo princípio”.

Assim, cabe perguntar: diante de um processo penal acusatório constitucionalmente consagrado, com clara distinção entre as funções de acusar, defender e julgar, qual o limite de disposição do Direito material, pelo Ministério Público, titular privativo da ação penal pública? Como ganhar eficiência, pela via consensual de forma ampla, sem perder o próprio Direito? Como manejar medidas de natureza negocial, como o acordo de não persecução penal, recentemente incorporado ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, evitando-se o processo adversarial, sem que se fira a proporcionalidade em matéria penal, coibindo-se a proteção penal insuficiente na tutela de interesses difusos?

Esses são apenas alguns dos desafios apresentados ao Ministério Público do século XXI e que se pretende, com o presente ensaio, discutir.

## **1. DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO E A DUPLA FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Falar em Estado democrático de Direito importa em exigir de todos, autoridades públicas e particulares, o respeito aos direitos fundamentais.

Ao contrário do visto no período liberal, os direitos fundamentais não são aqui concebidos exclusivamente para a proteção do indivíduo isoladamente, mas, também, de coletividades, impondo à ordem jurídica vetores de transformação social; o Estado democrático de Direito, representando um *plus* em relação ao Estado social de Direito, busca, no limite,

implementá-lo.

Portanto, outrora identificados como exclusivos direitos de defesa individual contra a ingerência do Estado, os direitos fundamentais, em um Estado democrático de Direito, exprimem verdadeiros imperativos de tutela, com eficácia irradiante frente a terceiros, inclusive particulares, e deveres de proteção.

Descortina-se, neste modelo de Estado, uma verdadeira dupla face dos direitos fundamentais: em perspectiva negativa, respeito às liberdades públicas e, em perspectiva positiva, imperativos de tutela pelo próprio Estado.

Nessa ordem de valores, Cunha (1995, p. 273) pontua que, atualmente, a Constituição apresenta uma dupla face:

Elá contém os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estadual – os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão/Estado (herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa activa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais, para serem efetivamente tutelados, podem não bastar com a mera omissão estadual, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma actuação estadual no sentido de protector dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra).

Portanto, não é suficiente prever direitos fundamentais; é preciso mais: é preciso garantir-lhes efetivação, e, para tanto, diante de uma Constituição Federal marcadamente programática, não se pode prescindir do Direito Penal (TURESSI, 2015, p. 48).

Basta ver, pois, que a própria Constituição Federal de 1988, em seus art. 5º, incs. XLII, XLIII, XLIV, art. 5º, § 3º, art. 7º, X, art. 225, § 3º, e art. 227, § 4º, seguindo o modelo de algumas Constituições europeias, como as da Alemanha, Espanha, Itália, França, e da própria Comunidade Europeia, estabelece verdadeiras ordens de criminalização ao legislador ordinário, instituindo os denominados *mandados de criminalização*, matérias sobre as quais não se tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, de forma adequada e integral (PONTE, 2008, p. 152).

Na síntese de Mir Puig (2007, p. 105), o Direito Penal de um Estado social e democrático de Direito:

[...] debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedade, por lo que há de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos – “bienes” no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales -, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático).

Dessa forma, assim como ocorre com os direitos fundamentais, também é possível identificar-se, num Direito Penal de viés democrático, uma dupla face: por um lado, instrumento de coerção e ingerência do Estado na esfera individual e, de outro, verdadeiro instrumento de defesa dos bens e valores fundamentais para o desenvolvimento do homem em sociedade, aqui incluídos aqueles de caráter supraindividual, traduzidos nos direitos fundamentais de terceira dimensão.

## 2. BEM JURÍDICO-PENAL DIFUSO

Em nosso ordenamento jurídico, malgrado o avanço sentido pela eleição do modelo de Estado estampado no art. 1º da Constituição Federal de 1998, constata-se que, na seara penal, o paradigma continua sendo o caráter liberal-individual que, equivocadamente, insiste em polarizar o Estado e o indivíduo, lançando-os em rota de colisão.

Como afirma Feldens (2002, p. 57), a estrutura normativa sempre esteve voltada ao regramento de direitos de primeira dimensão, os quais, dentro de uma perspectiva histórica, traduzem conflitos de natureza interindividual, sobre as quais assentou-se o sistema de justiça no Brasil, aqui incluído o Ministério Público.

Agora, no limiar do século XXI, impõe-se uma mudança de paradigmas no regime jurídico do Ministério Público brasileiro no processo penal, a partir da constitucionalização do bem jurídico-penal, e, no limite, dos fins perseguidos pelo próprio Estado brasileiro, com a redemocratização do país.

Ora, sendo o texto da Lei Maior a estrutura fundante do próprio sistema jurídico-penal, uma Constituição de marca social, como a de 1988,

na lição de Reale Júnior (2012, p. 27):

[...] alça ao patamar de valores constitucionais condições essenciais de vida com dignidade, os denominados “direitos sociais”, como a saúde, a educação, os direitos trabalhistas, o meio ambiente, bem como as regras da atividade econômica, como a livre-concorrência e o limite ao poder econômico. Neste sentido, o Direito Penal está limitado negativamente pela Constituição, devendo ater-se a estes princípios, não violando os valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se.

Com isso, legitima-se a ingerência penal sobre bens e interesses difusos, sem que se fale na possibilidade de exclusão dos bens individuais tradicionalmente tutelados pelo Direito Penal.

Como afirma Figueiredo Dias (2001, p. 174-175), sem prejuízo do axioma onto-antropológico sobre o qual repousa a matéria penal, o certo é que, ao lado dos bens jurídico-penais individuais, dotados de nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, transindividuais, transpessoais ou coletivos.

Nessa linha de intelecção, classificando os bens jurídico-penais conforme a titularidade, Jescheck (1993, p. 234) aceita a existência de bens jurídico-penais coletivos em sentido amplo, afirmando que:

Hay bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v.g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los bienes jurídicos personalísimos (v.g. la integridade corporal y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v.g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero).

Nessa mesma ordem de valores, Muñoz Conde e García Arán (1996, p. 59) também reconhecem a existência de bens jurídico-penais transindividuais, chamados pelos penalistas espanhóis de “bienes jurídicos comunitarios, que afectan más a la comunidad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales, y supone un cierto orden social o estatal”.

De toda a sorte, força é convir que conferir magnitude penal a bens e interesses difusos deve ser um exercício recíproco e complementar aos bens jurídico-penais individuais, já que não se fala, aqui, na total indepen-

dência dos novos bens jurídicos para fins penais, mas em complementariedade.

Essa, inclusive, a leitura dada por Silveira (2003, p. 57), quando afirma que “A legitimidade da proteção desses bens jurídicos sempre é de ser mantida, desde que eles se lastrem nos interesses fundamentais da vida social da pessoa”.

Pode-se afirmar, em suma, que os bens jurídico-penais difusos traduzem interesses imprescindíveis ao funcionamento das engrenagens sociais, daí seu fundamento e legitimidade (CORCOY BIDASOLO, 1999, p. 184).

Como isso, não se pode manejar o processo penal tradicional, voltado à tutela de bens jurídico-penais individuais, no enfrentamento de práticas que lesionam ou colocam em risco bens difusos.

Os modelos, à evidência, não são os mesmos. Basta ver que o conteúdo jurídico conferido à culpabilidade, enquanto elemento dogmático, para a responsabilização da pessoa natural, não pode ser o mesmo diante da responsabilidade penal da pessoa jurídica, traduzido pela violação das expectativas sociais depositadas no seu justo funcionamento, quando se trabalha, por exemplo, com a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98, art. 3º).

É inegável que o processo legislativo de criminalizar ou descriminalizar condutas, mesmo limitado de forma negativa pelo texto da Constituição Federal, possui inegável cunho ideológico, exprimindo opções de política criminal.

Por essa justa razão, Hormazábal Malarée (1992, p. 156) chega a afirmar que

[...] una política penal en una sociedad democrática fundada en la protección de bienes jurídicos no puede perder de vista al hombre y sus derechos fundamentales. Ello implica que el hombre no puede ser objeto de manipulación, transformarse en un medio, sino que tiene que ser el fin dentro del proceso democrático.

Assim sendo, diante da legitimidade constitucional conferida à ingerência penal na tutela de bens e interesses difusos, uma adequada política criminal impõe a releitura do princípio da ofensividade, traduzido

no axioma *nullum crimen sine injuria*, descortinando sua dupla face: cuidando-se da tutela penal de bens individuais, a ofensividade que limita o Direito Penal assumirá caráter naturalístico, sendo imprescindível para a caracterização do injusto a verificação de lesão ou ameaça concreta ao bem protegido; por outro lado, quando tutelar bens ou interesses de viés difuso, de improvável reparação dos danos e com titulares indeterminados, deve impulsionar a aplicação de um Direito Penal prospectivo (e não reativo), emprestando-se à ofensividade natureza fundamentalmente normativa, alcançando a desestabilização das expectativas de segurança dos bens tutelados diante de condutas potencialmente perigosas.

Nessa linha de ideias, Gracia Martin (2005, p. 48) afirma que, para o controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais, tarefas que devem ser assumidas pelo Estado, o legislador deve recorrer ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência, conferindo-se a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado naturalístico.

Bem por isso, distanciando-se da radicalidade da tese defendida pelos críticos do crime de perigo abstrato, a quem chama “inimigos do crime de perigo abstrato”, Greco (2011, p. 104) propõe o abandono das soluções globais em favor de um detalhado desenvolvimento das diversas estruturas do delito, quando afirma que:

[...] é preciso formular critérios de distinção um pouco mais complexos do que um mero tudo ou nada, numa postura que não pode ser nem de aceitação global, e nem de obstinada recusa, mas de busca de um sadio meio-termo, ciente da heterogeneidade dos problemas com que se está lidando, o que faz da procura de uma solução unitária algo no mínimo ingênuo.

De fato, o que deve ser evitado é a reprovação de condutas violadoras de tipos penais de perigo abstrato com sanções penais muito mais elevadas do que aquelas previstas para os tipos penais de lesão concreta, mas não o seu emprego técnico-legislativo, já que a antecipação da tutela penal, diante de determinados bens jurídicos supraindividuais, indiscutivelmente, torna mais efetiva a proteção jurídica.

### **3. PROCESSO PENAL COLETIVO: MUDANDO PARADIGMAS EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Pós-modernidade, modernidade tardia, modernidade reflexiva, segunda modernidade, modernidade líquida, tempos hipermodernos, apenas alguns dos muitos nomes sugeridos por renomados sociólogos contemporâneos que buscam compreender o atual capítulo da história moderna.

Construída sobre os pilares das promessas de uma “boa sociedade”, a partir do dogma da preservação da autonomia individual de seus membros, a pós-modernidade, complexa, dinâmica, *online*, produz consequências paradoxais.

A valorização da autonomia privada, a partir do acentuado desregramento das instâncias formais e informais de controle social, conduz à independência individual; a independência individual, por sua vez, leva ao isolamento; o isolamento gera medo e insegurança; o indivíduo, isolado e inseguro, clama por proteção coletiva, vale dizer, por mais regras e, no limite, por mais controle.

A essência do individualismo e mesmo o paradoxo (LIPOVETSKY, 2004, p. 21).

Nessa conformação social atual, a globalização está na ordem do dia, e, com ela, suas muitas contradições.

Na leitura de Bauman (1999, p. 8), “A globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”.

No âmbito do Direito Penal, como visto acima, as profundas transformações sociais legitimaram sua ingerência na tutela de bens e interesses difusos, transpondo-se as barreiras de um núcleo duro voltado exclusivamente à tutela de bens jurídico-penais individuais.

Com isso, como ressalta Greco Filho (2014, p. 10), não se quer dizer que desapareceram os crimes contra bens jurídicos individuais nem que tenha desaparecido o crime individual, pois:

O que ocorre é que o Direito Penal ainda não encontrou resposta adequada às modalidades modernas de criminalidade, constatando-se que os países ocidentais de influência mundial têm adotado medidas especiais em face delas, medidas essas que são, queiram ou não queiram, a aceitação de que certa criminalidade se põe como um poder paralelo, um Estado paralelo que rejeita o Estado regular e que, portanto, precisa ser combatido com medidas especiais.

Diante de uma criminalidade difusa e organizada, responsável pela produção de danos e prejuízos por vezes incalculáveis ao corpo social, o processo penal tradicional ainda sofre com modelos ultrapassados, de inspiração liberal, flagrantemente insuficientes para o seu eficiente enfrentamento.

O Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), sabidamente influenciado pelo Código de Processo Penal italiano da década de 30 do século XX (Código Rocco), entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, em pleno Estado Novo (que perdurou até 1945), carrega em vários de seus artigos e institutos a ideologia própria que marcou aquele período político no Brasil, deixando de lado uma pretensa neutralidade jurídica diante dos influxos decorrentes da ampliação da intervenção do Estado na esfera privada.

Ocorre que, com a promulgação da Constituição-cidadã, no dia 5 de outubro de 1988, e a abertura democrática instituída no país a partir de então, a necessária compatibilidade entre a legislação infraconstitucional e o texto da Lei Maior desnudou a existência de diplomas que não poderiam ser recepcionados pela nova ordem constitucional e a necessidade de serem promovidas adequações hermenêuticas para que muitas disposições legais vigentes pudessem permanecer vivas no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma nova e reformulada leitura conforme a Constituição.

O denominado procedimento judicialiforme, por exemplo, então regido pela Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965, que, de forma expressa, admitia a iniciativa da ação penal pública *ex officio* pela autoridade policial ou judicial, através de simples portaria, para processamento, pelo rito comum sumário, das contravenções penais e dos delitos de lesão corporal culposa e homicídio culposos previstos no Código Penal, dada a disposição contida no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, evidentemente não foi recepcionado.

Entretanto, mesmo com os devidos ajustes hermenêuticos, no campo processual penal, o desconforto visto entre o Código de Processo de 1941 e a Constituição Federal de 1988, fruto da divergência ideológica que marcou a gestação e o nascedouro de cada um dos seus textos, ao invés de levar ao nascimento de um novo Código, impulsionou a eclosão,

por vezes descoordenada, de pontuais alterações e até de minirreformas na legislação adjetiva, como o visto, por exemplo, com a edição das Leis n.ºs 11.689 (Tribunal do Júri), 11.690 (provas) e 11.719 (suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos), todas no ano de 2008, com a Lei n.º 12.403/2001 (prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares), e com a recente e multidisciplinar Lei n.º 13.964/2019, apelidada “Lei Anticrime”, que, ao entrar em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, mesmo com parte de sua eficácia suspensa por decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, de 22 de janeiro de 2020, na relatoria das ADI’s n.ºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, já promoveu importantes mudanças no sistema de Justiça Criminal brasileiro.

No campo probatório, por exemplo, como destaca Lima (2016, p. 132), a não compreensão de que as novas formas criminosas não podem ser demonstradas pelos meios clássicos de prova disciplinados no Código de Processo Penal implica, no mais das vezes, que o órgão do Ministério Público se veja obrigado a produzir prova diabólica, isto é, aquela de impossível produção da realidade das coisas, o que acaba por conduzir ao reconhecimento de nulidades e absolvições nas ações penais.

Destarte, diante dessa nova criminalidade difusa, por vezes até transnacional, impõe-se a necessidade de mudanças no padrão clássico do processo penal na totalidade, lançando-se um novo olhar ao sistema recursal com vistas à sua simplificação, instituindo-se novos meios de prova e obtenção de prova, e permitindo-se a execução da pena privativa de liberdade antes mesmo do trânsito em julgado da decisão condenatória, após revista a sentença penal pelo órgão jurisdicional colegiado de segundo grau e, portanto, devidamente revisitada e esgotada a valoração da prova.

É certo que a Lei n.º 12.850/2013, revogando expressamente a Lei n.º 9.034/95, para além de trazer maior segurança jurídica, definindo e tipificando de forma autônoma o delito de organização criminosa, cuidou de aperfeiçoar a investigação criminal e os meios de obtenção de prova, consagrando as chamadas “técnicas especiais de investigação”, em especial a colaboração premiada, largamente utilizada no curso da denominada “Operação Lava-Jato”.

Contudo, diante de um Direito Penal cada vez mais funcionalista, voltado à Política Criminal, o processo penal precisa avançar ainda mais, adequando-se à nova realidade social.

Aliás, como destaca Hassemer (2003, p. 49), a violência é um firme componente da nossa experiência cotidiana; não é a onipresença da violência no contexto social que muda, mas as suas formas e densidade, as probabilidades de se converter em vítima ou em autor. Para o penalista alemão, “Lo que hoy se modifica con particular celeridad y evidencia es la forma y el modo en que percibimos la violencia y la actitud que tomamos frente a ella”.

Portanto, constitucionalmente legitimada a tutela de interesses difusos pelo Direito Penal, passa-se ao ponto seguinte: como deve se dar essa justa tutela, no campo processual penal, pelo Ministério Público? O processo penal individual, tal qual instituído pelo Código de Processo Penal de 1941, é instrumento adequado para a solução de novos conflitos de viés coletivo?

A construção de uma nova dogmática processual penal, eficiente no funcionamento do sistema de justiça criminal e eficaz no enfrentamento de novos centros de agressão, respeitando os direitos fundamentais da pessoa acusada, passa em revista a construção e adoção de um processo penal coletivo, voltado à prevenção, prestigiando-se a vítima difusa e a efetiva tutela de direitos fundamentais de terceira dimensão.

Na visão de Almeida e Costa (2021, p. 148-149), para a construção de um Direito Processual Penal Coletivo é fundamental, dentre outras diretrizes:

- a) a adoção de medidas para garantir a prevalência da atuação preventiva;
- b) a estruturação estatal pessoal e com novas tecnologias para fortalecer os meios de investigação criminal;
- c) a ampla interação e integração entre as esferas e atuação na defesa da tutela coletiva: penal e não penal;
- d) a ampliação da causa de pedir e do pedido na Ação Penal Coletiva, tendo em vista a sua natural complexidade e as garantias constitucionais coletivas de tutela dos bens jurídico-penais coletivos fundamentais para a dignidade social e a efetivação do Estado Democrático de Direito como Estado de Justiça Material (art. 3º da CR/1988);
- e) a utilização de novos meios de provas, inclusive provas por estatísticas e provas por amostragem;
- f) o alargamento no plano da cognição judicial em uma perspectiva multidisciplinar;
- g) a aplicação do sistema de coisa julgada coletiva *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* no Sistema do Direito Processual Penal

Coletivo; h) a ampliação e o fortalecimento dos mecanismos de cooperação interna e internacional; i) a observância dos princípios da máxima amplitude e da máxima utilidade da tutela jurisdicional penal coletiva.

Nessa quadra de atuação, na construção de uma dogmática processual penal coletiva, também é preciso compreender que, por vezes, ao lado de resultados naturalísticos, condutas que lesionam ou expõe a risco bens e interesses difusos também podem causar danos imateriais, que também devem ser objeto da relação processual com vistas à sua integral reparação, como se verá a seguir.

#### 4. DANO MORAL COLETIVO NO PROCESSO PENAL

Como já foi aqui destacado, cuidando-se da tutela penal de interesses difusos, salta aos olhos a inexistência de uma vítima individual. Aqui, não se fala naquele alvo fixo, pessoa humana ou coisa que se oferece à disposição do criminoso, como o visto na criminalidade comum.

Conseqüentemente, dificilmente alguém se dirige até uma unidade policial ou órgão do Ministério Público para noticiar o conhecimento da formação de carteis que embaraçam a livre concorrência, elevando preços e prejudicando a inovação, ou fraudes em certames licitatórios, ou, ainda, extrações ilegais e em larga escala de árvores nativas em áreas de proteção ambiental, infrações penais que, invisíveis aos olhos dos cidadãos comuns, acabam sendo de conhecimento, apenas, de seus autores, coautores e beneficiários.

Entretanto, é inegável que, por atingir um grupo indeterminado de pessoas, a lesividade causada pela delinquência difusa rompe as estreitas amarras das vias individuais e produz danos, por vezes, socialmente irreparáveis.

Toma-se como exemplo, aqui, a delinquência econômica organizada e a lavagem de dinheiro que, ao lado de danos materiais, também produz danos imateriais, traduzidos na perda da confiança e na deformação do equilíbrio econômico-financeiro do mercado.

De fato, é por essa justa razão que o denominado Direito Penal econômico também busca tutelar, dentre outros interesses, o resguardo de informações privilegiadas no mercado mobiliário (*insider trading*), a preservação da livre concorrência, o desembaraço da inovação tecnológica,

e a garantia da veracidade das informações prestadas aos consumidores de um determinado produto ou serviço, sem o que se compromete a confiança dos agentes econômicos na realidade negocial concreta (SOUZA, 2012, p. 62).

Para Bajo e Bacigalupo (2001, p. 32):

En este sentido la delincuencia económica requiere una especial atención por la gravedad de uno de sus efectos característicos: El de resaca o espiral (*Sog-und Spiralwirkung*), cuya descripción es la siguiente: en un mercado de fuerte competencia la deslealtad en la competencia se produce cuando se han agotado las posibilidades legales de lucha. En esta situación quien primero delinque presiona al resto a la comisión de nuevos hechos delictivos (efecto de resaca), y cada participante se convierte así en eje de una nueva resaca (efecto de espiral).

Com isso, reforça-se a necessidade de se admitir, também no Juízo Criminal, ampliando-se o pedido condenatório deduzido na ação penal pública, a fixação de valor mínimo de indenização por *dano moral coletivo*, a ser revertido não ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), mas a um Fundo especialmente criado por lei para a reparação de danos coletivos provocados por ações criminosas difusas (TURESSI, 2019, p. 91).

Diante de práticas criminosas tão socialmente lesivas, nada justifica que a fixação de valor mínimo para reparação de danos materiais e morais fique restrita àquelas hipóteses em que o bem jurídico-penal violado tenha cariz individual, como já acontece, por exemplo, nas decisões condenatórias por crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Mas o desafio que se oferece ao Ministério Público do presente, no processo penal contemporâneo, enquanto Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, constitucionalmente incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não se restringe à tutela penal de interesses difusos e à consolidação de um processo penal coletivo; revela-se, também, na busca pelo devido equilíbrio no manejo das vias consensuais de forma ampla para a solução das controvérsias penais, concebidas como alternativas ao processo penal adversarial, notadamente diante daquela justa tutela de bens jurídico-penais universais, e, como não poderia deixar de

ser, na identificação dos seus limites de disposição, com vistas à eficiência do sistema, sem o perdimento do próprio Direito.

## 5. DISCRICIONARIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

A concepção privada de Justiça Criminal, que legitimava o cidadão para o exercício da ação penal, produziu distorções que desnudaram a necessidade de se entregar a um órgão público a titularidade para provocar a jurisdição penal.

Ao adotar o modelo de acusação pública, confiando ao Ministério Público legitimidade privativa para o exercício da ação penal, o sistema acusatório rechaçou a vingança privada e os eventuais excessos que dela decorriam, notadamente chantagens e acusações absolutamente infundadas, conferindo maior segurança jurídica ao próprio sistema de aplicação da lei penal.

Em um Estado democrático de Direito, é o princípio da legalidade que instrumentaliza o próprio sistema acusatório, fazendo com que a atuação do Ministério Público fique restrita e adstrita às leis vigentes no ordenamento jurídico.

Aqui, aborda-se a legalidade em sentido estrito, que informa o tanto o Direito Penal material quanto o processual, e não da legalidade que se oferece como princípio geral do Direito Público, aplicável a todo o campo da produção da Administração Pública.

Como explica Armenta Deu (2008, p. 206):

[...] la oficialidad de la acción y eventualmente el monopolio del fiscal surgen ante la inoperancia de la vigencia del sistema acusatorio puro; suponen la renuncia del ciudadano al ejercicio de la acción penal y su entrega al poder público y conllevan, como contrapartida, la seguridad para el particular de que el órgano acusador se verá obligado a perseguir todo delito conforme a la legalidad vigente sin que sean relevantes, a tales efectos persecutorios, otros criterios (de política criminal o de cualquier otra índole) que aquellos fijados y establecidos en la legislación penal.

De acordo com Figueiredo Dias (2004, p. 126) o princípio da legalidade reforça a ideia de que o Ministério Público está obrigado a proceder e promover a acusação para todas as infrações penais de cujos pressupostos fáticos, jurídicos, substantivos e processuais tenha tido conhecimento

e conseguira recolher suficientes indícios.

Nessa mesma linha de intelecção, debruçando-se sobre o sistema processual penal alemão, Roxin (2000, p. 89) anota que:

El principio de legalidad enuncia, por un lado, que la fiscalia debe realizar investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, que está obligada a formular la acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha veemente (BVerfG NStZ 82, 430).

Portanto, é indiscutível que o Ministério Público, na condição de titular privativo da ação penal pública, exerce parcela direta da soberania do Estado, dirigindo e condicionando o próprio *ius puniendi* estatal.

Todavia, mesmo aceitando-se que o sistema acusatório trouxe com ele a obrigatoriedade da acusação pelo Ministério Público, atualmente, ao lado da adoção de um processo penal menos litúrgico, que prestigia a oralidade e a informalidade, abreviando ritos procedimentais, é inevitável reconhecer que o princípio da obrigatoriedade da ação penal passa por nova e reformulada leitura, cedendo espaços para um amplo modelo consensual de resolução de conflitos, notadamente diante de infrações penais não violentas, para se evitar o processo penal adversarial, sabidamente lento e sobrecarregado.

De fato, essa é a tendência na Europa continental e até mesmo em países de tradição romano-germânica da América Latina, como se verifica com o ordenamento jurídico brasileiro.

Em nosso ordenamento jurídico, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no processo penal italiano (Constituição italiana de 1948, art. 112, II)<sup>1</sup>, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não encontra expresso assento constitucional, apresentando-se como fruto de construções doutrinárias e jurisprudenciais, a partir da leitura conferida aos arts. 24, 28, 42 e 576 do Código de Processo Penal.

E nem poderia diferir, já que promover a acusação, deduzindo a ação penal em juízo, não pode ser uma tarefa mecânica, cega, descompromissada com o resultado da demanda e com as expectativas sociais depositadas no sistema de Justiça Penal todo (TURESSI, 2019, p. 207).

Aliás, a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, I, desenhou os contornos da discricionariedade regrada para o Ministério Pú-

blico no processo penal, possibilitando que institutos como a transação penal, composição civil, e a própria suspensão condicional do processo pudessem figurar como hipóteses despenalizadoras na disciplina conferida pela Lei nº 9.099/95 (TURESSI; MORAES, 2021, p. 267).

Com efeito, justamente em razão da releitura conferida ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o processo penal brasileiro assistiu ao surgimento de novos instrumentos de solução consensual de conflitos, como se verifica, por exemplo, na Lei nº 12.850/2013, com o aprimoramento da colaboração premiada, na Lei nº 12.529/2011, que, disciplinando o acordo de leniência, em seu art. 87, *caput*, impede o oferecimento da denúncia em desfavor do agente leniente beneficiário do ajuste, e, mais recentemente, na Lei nº 13.964/2019, apelidada “Lei Anticrime”, que, dentre outras disposições, cuidou de inserir, no Código de Processo Penal, o novo art. 28-A, que prevê o denominado acordo de não persecução penal, medida extrajudicial de natureza marcadamente negocial que, outrora prevista no art. 18 da Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (com a redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018), agora com própria e reformulada modelagem, indiscutivelmente flexibiliza a obrigatoriedade da ação penal pública.

Na percepção de Aras (2019, p. 289):

O princípio da obrigatoriedade jamais foi e jamais poderá ser levado às últimas consequências, porque há toda uma gama de infrações penais que não chegam a ser conhecidas, outras que, mesmo conhecidas pelas vítimas, não são comunicadas à Justiça e ao aparelhamento de *enforcement*, e outras ainda que, mesmo conhecidas pelo Estado, não são apuradas ou punidas, constituindo o que se denomina ‘cifra oculta’.

Nessa mesma linha, Maier (2004, p. 386) sentencia:

[...] no todos los hechos punibles son perseguidos penalmente, ya por defecto en la información, ya por la aplicación de criterios selectivos que influyen tanto sobre los medios de información oficiales, como en la persecución de hechos conocidos. Una cosa es la afirmación dogmática del *principio de legalidad* y otra muy distinta su realización práctica.

É forçoso reconhecer que à política criminal não está reservada apenas a missão de determinar como deve ser a reação penal, mas, também,

a tarefa de selecionar aquilo contra o que deverá reagir de modo mais formalizado ou não, e a intensidade dessa formalização (FERNANDES, 2001, p. 50).

Um moderno sistema de Justiça Criminal, que busque ser eficiente e eficaz, deve conjugar, a um só tempo, tanto a via clássica de solução de controvérsias penais quanto medidas consensuais afinadas com o princípio da oportunidade, de forma regrada, cabendo ao Ministério Público brasileiro discutir, como medida de política criminal, a necessidade de se estabelecer um controle seletivo de viabilidade da persecução penal, aqui incluído seu custo-benefício, sob pena de serem tratados de forma idêntica, inclusive no campo processual penal, furtos de supermercado e grandes esquemas de corrupção no setor público, fraudes por cheque e fraudes em licitações públicas pela cartelização de empresas interessadas, falsidades ideológicas no preenchimento de notificações de infrações de trânsito e “caixa dois eleitoral”, infrações penais que, a despeito do mesmo tratamento dogmático que recebem, produzem danos sociais absolutamente distintos (TURESSI, 2019, p. 212-213).

Entretanto, como já adiantado, é preciso ressaltar que a oportunidade que deve coexistir no sistema penal acusatório de tradição romano-germânica, à toda evidência, não pode ser ilimitada, mas regrada; noutras palavras, oportunidade não significa arbítrio.

A necessária oportunidade que flexibiliza a obrigatoriedade da ação penal deve se dar na legalidade, não se podendo aceitar, como opção válida, oportunidade ilegal.

Nas palavras de Teixeira (2000, p. 33):

[...] no contexto da administração da justiça, quando dirigida ao caso concreto, discricionariedade não significa arbítrio; trata-se de uma discricionariedade de acordo com a finalidade de realização da justiça. Trata-se de um poder de opção de vias, soluções e medidas admitidas na lei; ou seja, tem sempre uma conformação normativa, um reduto legalmente inultrapassável; logo, tende sempre para uma “discricionariedade vinculada”.

Portanto, assim como a legalidade não deve implicar na obrigatoriedade da ação penal, a oportunidade que a flexibiliza não pode assumir contornos de ilegalidade, cabendo ao Ministério Público o desafio da harmonização e do equilíbrio para que, no exercício de suas graves missões,

possa manejar a via consensual, de forma ampla, como mais um modelo de solução de conflitos, de forma complementar, sem se descuidar da efetiva tutela de direitos fundamentais.

## 6. JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E OS LIMITES DE DISPOSIÇÃO NA TUTELA PENAL DE INTERESSES DIFUSOS

A aplicação de uma Justiça Penal consensual entre acusação e defesa não é da tradição do sistema penal e processual penal praticado pelos ordenamentos jurídicos da *Civil Law*.

A propósito, como explica Vieira (2007, p. 270) o sistema da *Civil Law*, também denominado sistema romano-germânico, refere-se ao sistema legal adotado pela maioria dos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos), e, praticamente, por todos aqueles outros que experimentaram um processo de colonização, como os países que compõe a América Latina; o que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano na elaboração de suas Constituições, seus Códigos e Leis esparsas.

Em nosso ordenamento jurídico, como visto acima, operando suas bases sobre o dogma da obrigatoriedade da ação penal pública, o sistema de Justiça Criminal, de origem romano-germânica, sempre prestigiou a ideia de que o Estado deve perseguir toda e qualquer infração penal.

Entretanto, é preciso reconhecer que a adoção de espaços de consenso no processo penal também serve às tradicionais finalidades preventivas do Direito Penal, ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à ressocialização do delinquente (OLIVEIRA, 2015, p. 76).

Assim é que, no processo penal pátrio, a partir da criação dos Juizados Especiais Criminais, subdividiu-se o sistema de aplicação da lei penal em dois subsistemas, a saber: (i) subsistema clássico, adversarial, conflituoso, dedicado às infrações de grande potencial ofensivo e voltado à aplicação da pena privativa de liberdade, e (ii) subsistema consensual, dedicado às infrações penais de menor ou médio potencial ofensivo e voltado à não aplicação da pena privativa de liberdade, com a instituição de medidas despenalizadoras: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo (TURESSI, 2019, p. 185-186).

Contudo, dentro deste subsistema consensual de Justiça Criminal há diferentes modelos de aplicação da lei penal; consenso não se resume à

transação penal entre acusação e acusado, tal qual preconizado na Lei nº 9.099/95.

Na leitura de Gomes (2012, p. 44), pode-se identificar os seguintes modelos de Justiça Penal consensual:

i) modelo reparador, que ocorre por meio da conciliação (aqui a reparação dos danos é objetivo principal, sendo a reparação uma terceira via dentro do Direito Penal, consoante Roxin); ii) modelo pacificador ou restaurativo, que acontece por meio da mediação (Justiça restaurativa, que visa à pacificação interpessoal e social do conflito, à reparação dos danos à vítima, à satisfação das expectativas de paz social da comunidade etc.); iii) modelo da Justiça Criminal negociada (que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc., ou seja, o *plea bargaining*); e iv) modelo da Justiça colaborativa: o consenso aqui visa à obtenção da colaboração do acusado com a Justiça: várias leis no Brasil preveem a possibilidade de colaboração premiada, destacando-se, dentre elas, a Lei do Crime Organizado, Lei da Lavagem de Capitais etc.

Assim, não é equivocado distinguir Justiça Penal consensual de Justiça Penal negociada: na Justiça consensual existem limites bem definidos para a atuação das partes, construindo-se o consenso dentro de margem já estabelecida pelo legislador; já na Justiça negociada as partes são dotadas de maior autonomia na formulação das propostas e na definição do seu conteúdo, agindo com maior discricionariedade na busca de um acordo que pacifique o conflito (ANDRADE, 2019, p. 58).

Portanto, cuidando-se do enfrentamento à criminalidade difusa, negociar um acordo entre acusação e defesa, com concessões recíprocas, reclama equilíbrio por parte do Ministério Público, de modo a se evitar uma proteção penal insuficiente ao bem jurídico, verdadeira dupla face do princípio da proporcionalidade em matéria penal.

Se por um lado o princípio da proporcionalidade encerra a proibição do excesso (*Übermassverbot*), proibindo a aplicação de penas desproporcionais ao bem jurídico-penal violado, em um Estado democrático de Direito que, como visto, exige a efetivação dos direitos fundamentais, esse mesmo postulado também oferece outra face que, por sua vez, veda a

proteção penal insuficiente (*Untermassverbot*).

Ainda que construída a partir de concessões mútuas, a atuação do Ministério Público, pela via negociada, não pode contribuir para um déficit de proteção ao bem jurídico-penal que se busca tutelar, em especial diante da tutela de bens jurídicos universais, em razão da vigência de uma legislação penal inadequada e já deficitária, com a previsão de sanções penais insuficientes, que se olvidam da prevenção geral como finalidade da pena.

Na constatação de Feldens (2002, p. 57):

[...] paralelamente à evolução política nacional foram sendo concebidos e universalizados, dentre outros, direitos de segunda e terceira geração (sociais, coletivos e difusos), sem que os acompanhasse, entretanto, uma legislação penal adequada tendente a garantir a proteção dos bens e interesses assim considerados fundamentais, a despeito de terem sido constitucionalmente acolhidos.

Como já foi aqui adiantado, o desafio que se oferece ao Ministério Público é grande. No enfrentamento à criminalidade difusa, a reparação do dano (material e moral), malgrado de indiscutível e fundamental importância, não pode ser o único objeto da negociação penal, o seu único fim.

Em determinados casos, a extraordinária dispersão de lesados, o expressivo lucro econômico ilicitamente obtido pelos seus autores e os nocivos resultados decorrentes da ação criminoso difusa inviabilizam qualquer proposta de natureza negocial, por sua manifesta insuficiência, como se verifica, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica organizada, em grandes esquemas de falsificação, adulteração e revenda de combustíveis automotores ao mercado consumidor.

Para que não seja desacreditada, a negociação da sentença penal condenatória, como mais uma via de solução de conflitos na seara processual penal, fruto de uma realista Política Criminal, também deve estimular a redução de conflitos, fortalecendo a prevenção geral (positiva e negativa) como finalidade da pena, distanciando-se de acordos meramente simbólicos que não atendam aos interesses sociais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Em um Estado democrático de Direito, os direitos fundamentais,

que não são apenas individuais, mas também coletivos, exigem não apenas respeito, numa perspectiva negativa, mas, ainda, imperativos de tutela por parte do Estado, numa perspectiva positiva, e deveres de proteção.

2. Os centros de agressão aos direitos fundamentais não são apenas do Estado, mas também de particulares.

3. Para além de serem estáticos, os direitos fundamentais são marcados pela característica da variabilidade, podendo-se identificar, numa perspectiva histórica, dimensões de direitos fundamentais, de forma complementar, mas não excludente.

4. Os direitos fundamentais de primeira dimensão, os primeiros a serem positivados, fixam-se numa esfera individual e traduzem-se em postulados absenteadas por parte do Estado; os direitos fundamentais de segunda dimensão, de natureza social, buscam estabelecer uma igualdade entre todos, por prestações positivas por parte do Estado; os direitos fundamentais de terceira dimensão, de titularidade difusa, são concebidos para a proteção de coletividades, e não do homem em sua individualidade.

5. Cabe ao Direito Penal proteger bens jurídicos com dignidade e magnitude penais que, num Estado democrático de Direito, seguindo a perspectiva histórica acima indicada, não são apenas individuais, mas difusos, numa relação de complementariedade, legitimando-se sua ingerência para além de um núcleo duro de tradição liberal-individual.

6. No enfrentamento à criminalidade difusa deve-se manejar um Direito Penal prospectivo, voltado à antecipação dos danos, e não meramente reativo, de tradição iluminista, voltado à tutela de bens jurídico-penais individuais.

7. A dogmática processual penal da atualidade também deve se adaptar à tutela de bens jurídico-penais difusos, devendo-se impulsionar, pela via legislativa, a construção de um processo penal coletivo, voltado à reparação dos danos difusos, aqui incluídos danos de ordem moral, e à efetividade dos direitos fundamentais.

8. Num processo penal acusatório, com nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar, cabe ao Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, equacionar a justa tutela penal de interesses difusos com novos modelos de aplicação da lei penal, em especial a via consensual, com seus poliédricos subsistemas.

9. Para que não seja desacreditada, a negociação da sentença pe-

nal condenatória, como mais uma via de solução de conflitos na seara processual penal, fruto de uma realista Política Criminal e do paulatino enfraquecimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal, deve estimular a redução de conflitos, fortalecendo a prevenção geral (positiva e negativa) como finalidade da pena, afastando-se acordos meramente simbólicos que não atendam aos interesses sociais e enfraqueçam o sistema constitucional de tutela aos direitos fundamentais.

10. Em certos casos, diante de uma espetacular dispersão de lesados e do vultoso lucro econômico obtido com as práticas ilícitas, a opção pela via consensual na solução da controvérsia penal difusa revela-se insuficiente na proporcional eleição da resposta protetiva que deve ser conferida ao bem jurídico-penal.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In, CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee de Ó (coord.). **Acordo de não persecução penal**: Resolução 181/2017 do CNMP. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 273-330

ARMENTA DEU, Teresa. **Estudios sobre el proceso penal**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965. Modifica as normas processuais dos crimes previstos nos artigos 121, parágrafo 3º, e 129, parágrafo 6º, do Código Penal. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4611.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4611.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11689.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11689.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 11.690. Altera os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 11.719. Altera os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de

3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma**

perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: por uma investigação à luz dos vetores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal**: fundamentos e limites do Direito Penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción de Patricia S. Ziffer. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)**. 2ª ed. Santiago de Chile: Jurídica ConoSur, 1992.

ITALIA. Costituzione Italiana. Roma: Assembleia Costituente, 1947. Disponível em: [http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/costituzione\\_VIGENTE\\_rossa\\_2.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/costituzione_VIGENTE_rossa_2.pdf). Acesso em: 4 abr. 2020.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4ª ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LIMA, Paulo Augusto Moreira. A prova diabólica no processo penal. In, SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Organizadores). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 129-148.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Reimpresión. Montevideo: B de F, 2007.

MUNÓZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

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

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

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t. I. Madrid: Civitas, 2003.

SANTANA VEGA, Dulce María. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos**. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico**: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade**. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional. Coimbra: Almedina, 2000.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada: o papel da política criminal na construção da ciência global do direito penal**. Salvador: Juspodivm, 2019.

TURESSI, Flávio Eduardo; MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Imputabilidade penal e o acordo de não persecução penal: ensaio sobre a aplicação da justiça penal negociada para inimputáveis e semi-imputáveis. In, CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coordenação), **Acordos de não persecução penal e cível**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 265-296.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

'Notas de fim'

1 Artigo 112, II. Il pubblico ministero há l'obbligo di esercitare l'azione penale (ITALIA, 1947).