

JUAN DANKER ROCHA FARIA

**JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL:
O acordo de não persecução penal, uma análise do instituto.**

JUAN DANKER ROCHA FARIA

**JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL:
O acordo de não persecução penal, uma análise do instituto.**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Chrystiano Silva Martins.

ANÁPOLIS-2020

JUAN DANKER ROCHA FARIA

**JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL: O acordo de não persecução penal,
uma análise do instituto.**

Anápolis, ____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que desde o início do curso me segurou pela mão e me deu forças pra seguir em frente. Sem o amparo divino não teria chegado a lugar algum e com certeza não conseguiria completar os variados desafios que a faculdade colocou em minha vida.

Aos meus pais, José David e Esmeralda, que sempre caminharam ao meu lado e nunca pouparam esforços para me proporcionar o melhor. Devo a eles todas as minhas realizações e sou muito grato por todas as lições de vida passadas ao longo dos anos. Compartilho por vocês um amor sem igual.

Ao meu avô, Antônio Tomé, verdadeiro exemplo de humildade, graças a ele consegui avançar nos estudos. Todas as conquistas da minha vida serão dedicadas a esse velhinho, que é o mais teimoso e o mais amado desse mundo. Agradeço também a todos os meus outros avós, certamente ocupam um lugar especial em meu coração.

Aos meus irmãos, Lucas e Deborah, que são meus grandes amigos desde o início e nunca deixaram de me apoiar em todos os momentos. Agradeço pelo imensurável amor e companheirismo, são irmãos fantásticos. Aproveito a oportunidade para agradecer a todas as demais pessoas que são importantes em minha vida, em especial meus amados sobrinhos, cunhados, tios e tias e a todos que tenho orgulho de chamar de família.

À minha doce Lorena, melhor namorada que Deus poderia colocar em minha vida. Eu conheci o amor só de te olhar, e desde então venho compartilhando todos os momentos com você. Quero passar o resto dos meus dias ao seu lado, agradeço por ser essa pessoa tão especial e única. Eu amo você!

Aos servidores da 5ª Vara Criminal de Anápolis, que me acolheram tão bem no meu primeiro estágio e tanto contribuíram para minha formação. Agradeço em especial a escritã Rejane Medeiros, que além de me passar diversos ensinamentos, representa um verdadeiro exemplo de pessoa pra mim.

Ao meu orientador Chrystiano Silva Martins, que sempre foi digno de toda minha admiração. Agradeço por me guiar nessa monografia e por ser um profissional que me inspira a ser melhor todos os dias. Imensa gratidão também a professora Áurea, que esteve sempre disposta a me orientar nas dificuldades da monografia.

Por fim, agradeço os profissionais do curso de Direito do Centro Universitário de Anápolis, todos vocês possuem parcela de responsabilidade na minha formação acadêmica. Eterna gratidão aos meus companheiros de classe, Carlos, Vitor, Gabriel, Warlley, Fernando e Haguison, vocês são pessoas que quero levar comigo ao longo da vida.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a importância da justiça negocial no processo penal brasileiro, especialmente o acordo de não persecução penal, novidade legislativa advinda com a Lei nº 13.964/19. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica com consultas em livros, revistas, periódicos e *sites* referentes ao assunto, além do estudo de posicionamento jurisprudencial dos tribunais superiores. Está dividida didaticamente em três capítulos. O primeiro capítulo trata da origem da justiça penal negocial, explanando fatos históricos que contribuíram para o aumento da demanda de processos criminais. Busca entender como a substituição dos espaços de conflito por espaços de consenso passou a ser uma importante alternativa no combate a morosidade do Judiciário, além de analisar de princípios pertinentes ao tema e modelos de países expoentes na aplicação justiça penal negocial. No segundo capítulo é feito um levantamento acerca da persecução penal no Brasil, discutindo os institutos da justiça consensual inaugurados pela Lei nº 9.099/95, e depois procura expor algumas particularidades do acordo de colaboração premiada. Por fim, o terceiro capítulo faz uma análise particular do acordo de não persecução penal, suscitando as polêmicas que envolvem a sua aplicação e explicando de maneira mais detalhada o seu funcionamento. Todas as análises foram realizadas com apreço aos limites da aplicabilidade da justiça penal negocial, tendo em vista a proteção aos direitos e garantias fundamentais resguardados pelo direito processual penal.

Palavras-chave: Justiça penal negocial. Acordo. Não persecução.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E APLICAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL	03
1.1 Origem da justiça penal negocial	03
1.2 Princípios pertinentes ao tema	05
1.3 Países expoentes na aplicação da justiça consensual.....	10
CAPÍTULO II – A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL.....	14
2.1 A persecução penal no Brasil.....	14
2.2 Discussão acerca dos institutos da justiça penal negocial previsto na Lei nº 9.099/95	18
2.3 O acordo de colaboração premiada e algumas de suas particularidades na persecução penal brasileira.....	24
CAPÍTULO III – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	30
3.1 O acordo de não persecução penal e sua definição	30
3.2 Vedações legais ao uso do acordo de não persecução penal	34
3.3 O acordo de não persecução penal e suas condições	37
3.4 Homologação e cumprimento do acordo.....	40
3.5 Discussão acerca da confissão como requisito do acordo de não persecução penal	42
3.6 Questões advindas com a aplicação do acordo não persecutório.....	46
3.6.1 O acordo não persecutório e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.....	46
3.6.2 O acordo de não persecução penal e o princípio da ampla defesa	47
3.6.3 Retroatividade do acordo não persecutório	48
3.6.4 Acordo de não persecução penal e o plea bargaining.....	48
3.6.5 O acordo não persecutório nas ações penais de iniciativa privada	49
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

A justiça penal negocial engloba uma série de procedimentos e institutos que visam, basicamente, desafogar o Poder Judiciário, propondo meios alternativos à solução da lide penal e atingindo resultados mais céleres se comparados àqueles atingidos no sistema processual penal tradicional.

É de extrema importância explorar o presente tema, pois trata-se de uma discussão atual e que atinge todos os cidadãos. Um sistema processual penal eficiente representa um alicerce para o Estado Democrático de Direito, e tudo aquilo que provém dele merece atenção da população, cabendo aos juristas fomentar o debate e enriquecer o arcabouço de ideias e posicionamentos sobre o assunto.

A presente monografia tem como objetivo geral analisar a justiça penal negocial como um meio que pode amenizar a demanda de processos criminais, trazendo resultados positivos e mais céleres, sem deixar de levar em consideração todo o debate por trás de tal instituto, problematizando as possíveis inconsistências.

O presente estudo, Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), projetado metodologicamente no plano científico é sistematicamente estruturado por dois pilares, abordagem dedutiva somado a procedimento de revisão bibliográfica sobre o tema e assuntos relacionados. A pesquisa nessa perspectiva epistemológica foi inicialmente descritiva e, tão logo alcançou sua natureza explicativa.

No primeiro capítulo buscou-se fazer uma explanação sobre a evolução histórica da justiça penal negocial, ressaltando fatores que originaram a busca por uma resolução alternativa de conflitos. Tratou ainda do estudo de alguns princípios que possuem relação com o direito penal clássico e estão presentes na

aplicabilidade da justiça penal consensual. Além disso, buscou fazer uma análise didática de alguns modelos da justiça penal negocial oriundos de países estrangeiros, para efeito de comparação com o Direito Pátrio.

No segundo capítulo a pesquisa procurou contextualizar um pouco da história da persecução penal no Brasil, buscando demonstrar os principais acontecimentos que moldaram o direito pátrio até os parâmetros atuais. Além disso, visou entender a importância dos institutos da justiça penal negocial previstos na Lei nº 9.099/95, que inovaram a maneira de se manejar o processo penal brasileiro. Além de fazer apontamentos relevantes acerca do acordo de colaboração premiada, que se trata de um dos mais relevantes institutos da justiça penal negocial no Brasil.

No terceiro capítulo o estudo volta-se totalmente a análise de um dos mais novos institutos da justiça penal negocial, o acordo de não persecução penal, que inaugurou o art. 28-A do Código de Processo Penal. Desse modo, a pesquisa buscou compreender algumas questões advindas com a aplicação do referido instituto e explanar de maneira mais abrangente o seu funcionamento.

Dessa forma, a pesquisa procura entender os desafios na aplicabilidade da justiça penal negocial, sobretudo aqueles impostos por parte da doutrina. Como será demonstrado, a previsão da justiça consensual se encontra em consonância com os ditames do sistema acusatório, e a partir da solução de algumas críticas contundentes, é totalmente possível aperfeiçoar os espaços de consenso no processo penal brasileiro, sempre levando em consideração os preceitos constitucionais da proteção as garantias do cidadão.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E APLICAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL.

A justiça penal negocial representa uma importante alternativa usada na resolução da lide penal e sua aplicação é alvo de inúmeros debates. O presente capítulo busca fazer uma explanação sobre a evolução histórica do referido instituto, salientando acontecimentos que originaram a busca por uma resolução alternativa de conflitos. Igualmente importante é o estudo acerca de alguns princípios que possuem relação com o direito penal clássico e estão presentes na aplicabilidade da justiça penal consensual. Por fim, mostra-se relevante a análise didática de alguns modelos da justiça penal negocial oriundos de países estrangeiros, para posterior comparação com o Direito Pátrio.

1.1. Origem da Justiça Penal Negocial.

Antes de se adentrar no objeto central da presente monografia, mister se faz o levantamento de dados históricos sobre a Justiça Penal Negocial com o intuito de demonstrar sua evolução até os dias atuais, e nesse sentido buscar a compreensão dos motivos que tornaram esse assunto um dos mais relevantes do direito processual penal.

Partindo dessa premissa, é possível observar eventos históricos que contribuíram para o surgimento da enorme demanda na seara criminal, o que conseqüentemente levou a busca de novas formas de resolução da lide penal.

Desse modo, o fato histórico a ser comentado nesse trabalho consta na criação de novos bens jurídicos merecedores de tutela penal com o advento do

Estado intervencionista a partir do final do século XX, em especial, diante da intervenção estatal na economia, com o objetivo de conquistar maior controle através da expansão do direito penal.

A expansão do direito penal se caracteriza pela elaboração de novos tipos penais com o objetivo de proteger bens jurídicos coletivos, dos quais não recebiam proteção legislativa direta anteriormente e que só a partir desse movimento expansionista passou a se reconhecer a importância da tutela de tais bens por meio também do direito penal. Podem ser citados, a título de exemplo, os tipos penais destinados à proteção das relações de consumo, da ordem econômica e do meio ambiente, entre outros igualmente importantes. (BOZZA, 2016)

Observa-se que muitos desses tipos penais recebiam atenção apenas na esfera administrativa, e quando o direito penal tomou lugar em sua tutela acabou se expandindo de uma forma jamais vista. Esse fenômeno é chamado pela doutrina de administrativização do direito penal. Nesse sentido as palavras do penalista espanhol Jesus-Maria da Silva Sánchez:

O Direito Penal, que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito penal de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está administrativizado. (2010. p. 148)

Nesse panorama, se levantaram vozes defendendo que era necessário impor limites a essa expansão, pois esse movimento poderia acabar fragilizando e desvirtuando o direito penal, pois deixaria de ser a última *ratio* do Estado para a proteção de bens jurídicos, tornando-se o principal e mais utilizado instrumento de gestão de problemas sociais. Segundo os defensores dessa tese, além do Estado aumentar a quantidade de tipos penais, passaria a endurecer a punição de tipos penais já existentes, exagerando na aplicação de penas privativas de liberdade, contribuindo para a superlotação de presídios e outras dificuldades sociais. (BOZZA, 2016)

Porém, seria irresponsabilidade afirmar categoricamente que a expansão do direito penal só trouxe coisas negativas, pois é evidente que alguns bens jurídicos coletivos necessitam de tutela penal e a medida que a sociedade se

desenvolve surgem mais áreas que merecem a atenção do direito penal. Pode ser citada como exemplo a internet, que há pouco tempo passou a revelar que existem condutas criminosas por parte de alguns usuários e que acabam por gerar graves violações de diversos bens jurídicos.

Pois bem, a expansão do direito penal acabou acontecendo em ritmo crescente, sendo que a Europa e a América não ficaram fora dessa realidade. Apesar das diversas críticas e de levantamentos que visavam demonstrar o fracasso da expansão do direito penal, ela se instaurou e os reflexos podem ser vistos perfeitamente hoje em dia com as diversas normas que tipificam condutas de perigo abstrato e outras tantas que protegem bens jurídicos coletivos. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016)

Com isso, passou a surgir uma série de especulações sobre como seria possível atender à crescente demanda criminal, sendo que era necessário outra alternativa de resolução da lide penal, para assim tentar evitar o colapso do sistema processual. E foi dessa maneira, a partir da segunda metade do século XX, que a Justiça Penal Negocial ganhou espaço, visando alterar os espaços de conflito por espaços de consenso, acompanhando o desenvolvimento da criminalidade moderna e propondo novos métodos de combate. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016)

O consenso no âmbito do processo penal é dividido, de acordo com a doutrina, em diversão e negociação. A diversão está ligada aos acordos feitos entre acusado e órgão acusador ou entre acusado e vítima, compreendendo grande parte da aplicação da justiça penal consensual. De outro modo, a negociação da sentença penal é instrumentalizada no modelo do *plea bargaining* aplicado nos Estados Unidos. Esse modelo acabou inspirando outros institutos utilizados em alguns países da Europa. Mais a mais, a Justiça Penal Negocial dos países estrangeiros expoentes será estudada em um tópico posterior. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016)

1.2. Princípios pertinentes ao tema.

Alguns princípios serão tratados no decorrer do presente trabalho, sendo que em primeiro plano deve ser observado um princípio basilar do direito penal, que

possui suas origens enraizadas no direito penal clássico. Trata-se do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que foi inserido no ordenamento jurídico a partir do século XIX e se encontra vigente até os dias atuais, mesmo que com algumas alterações em sua aplicação. Para evitar mais delongas, não será tratado no presente trabalho a evolução histórica de tal princípio, sendo a análise feita a partir do atual Código de Processo Penal e da Constituição Federal vigente.

Quando a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal elegeram um Órgão responsável pelo ajuizamento das ações penais, salvo os casos aonde a legitimidade é da vítima ou de outro interessado devidamente autorizado, passou-se a observar a obrigatoriedade da propositura da ação penal por parte desse Órgão. Nesse sentido, as palavras do ilustre doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal. (2015, p.226)

Fica evidenciada com isso a chamada obrigatoriedade da ação penal pública, que representa uma das grandes barreiras impostas por parte da doutrina à aplicação da justiça penal negocial. Mas, de forma muita sensata, observa-se que a própria legislação prevê algumas atenuações ao referido princípio, como por exemplo, nas hipóteses elencadas na Lei 9.099/95. Ademais, outros princípios igualmente importantes justificam a relativização dessa obrigatoriedade e a justiça penal negocial está diretamente ligada a essa relativização, pois o consenso é utilizado como forma de resolução da lide penal.

Pois bem, é notório que ao longo dos anos o número de ações penais vem crescendo de maneira assustadora e o Estado não tem estrutura para suportar tal demanda, acarretando na morosidade do Poder Judiciário. Com essa afirmação fica o questionamento: até que ponto a obrigatoriedade da ação penal pode se

sobrepor ao interesse público? Evidente que existem casos aonde deve prevalecer a propositura da ação penal, mas se presentes todos os requisitos legais, porque não negociar?

A doutrina majoritária e a jurisprudência entenderam de forma acertada que o referido princípio deve ter uma nova interpretação, pois a medida que o direito e a sociedade evoluem, mostra-se necessário buscar novos meios de manejar o processo penal, mantendo-se o respeito aos direitos e garantias do cidadão.

O próximo princípio a ser comentado é um dos princípios norteadores de toda a ciência jurídica, pois reza a defesa do interesse público. Tal princípio já está consagrado no direito administrativo, mas deve ser perfeitamente interpretado nos preceitos do direito processual penal e nos demais ramos do direito. Trata-se do princípio da supremacia do interesse público. (SILVA, 2017)

De acordo com esse princípio o interesse público deve ser colocado acima dos demais interesses, tomando uma posição suprema. Pois bem, se o interesse público possui todo esse valor, indaga-se se a existência obrigatória de uma ação penal estaria sempre de acordo com os ditames desse princípio, visto que muitas vezes, o processo pode se arrastar por anos e acabar chegando ao fim pela incidência da prescrição, aumentando o descrédito da população com o Poder Judiciário. Porém, deve ser ressaltado que a obrigatoriedade da ação penal só pode ser relativizada quando devidamente justificada e com base nos preceitos da legalidade.

Ademais, se com base na supremacia do interesse público pode-se até restringir a liberdade de um indivíduo, porque não buscar meios alternativos de resolução da lide penal para satisfazer um interesse público? Além disso, nota-se uma maior prevalência da autonomia das partes. Novamente a justiça penal negocial entra em cena, estando, como demonstrado, amparada por mais um princípio de grande relevância.

Outro princípio basilar da justiça penal negocial é o da instrumentalidade de formas, que é consagrado tanto no direito processual penal como no direito

processual civil, sendo aplicado com a premissa de que o processo não é um fim em si mesmo, e se traduz em uma série de atos que visam atingir uma finalidade maior, que sendo alcançada, não poderia vir a ser prejudicado por algo em desacordo com a formalidade, cuja ocorrência não gerou qualquer tipo de dano, tanto às partes quanto ao próprio processo. Ao se entender esse princípio fica nítido como a formalidade de certos atos do direito processual tradicional não pode se sobrepor a satisfação da demanda, desde que haja a devida proteção aos direitos do acusado. A justiça penal negocial inova na sequência de atos, mas não deixa de atender o objeto da causa, muito pelo contrário, pode satisfazer essa demanda de maneira muito mais célere e mais interessante as partes. (SILVA, 2017)

Observa-se ainda que o referido princípio, além de estar ligado a justiça penal negocial, está plenamente vinculado à noção de economia processual e eficiência. Obviamente, não se trata da do absurdo levantado por algumas pessoas sobre a eficiência que não obedece limites, mas sim de uma eficiência que realmente produz resultados positivos e preserva a busca por decisões coerentes.

Por fim, sem prejuízo dos princípios que ainda serão tratados ao longo do trabalho, será abordado o princípio constitucional da duração razoável do processo. Apesar de ter sido reconhecido como princípio constitucional recentemente, já estava presente no campo jurídico há muitos anos.

A Constituição Federal de 1934 já tratava desse assunto, mesmo que somente no âmbito administrativo, sem qualquer reflexo no direito processual penal. Após a revogação da Constituição de 1934, o princípio só foi incorporado novamente no ordenamento jurídico quando o Pacto de São José da Costa Rica entrou em vigor. (FRANCO, 2017)

O Pacto de São José da Costa Rica foi firmado em 1969, porém o Brasil só aderiu ao referido pacto em 1992, ou seja, mesmo com o Brasil sendo um dos signatários, o pacto só passou a surtir efeitos mais de duas décadas depois. Além de que até meados de 2004 o Supremo Tribunal Federal adotava o entendimento de que todos os tratados internacionais que o Brasil fosse signatário teriam força apenas de lei ordinária perante o ordenamento jurídico. (FRANCO, 2017)

Porém, a partir de dezembro de 2004 esse entendimento teve de ser alterado, devido à promulgação da Emenda Constitucional nº 45 que inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Dessa forma, o princípio da duração razoável do processo adquiriu status de princípio constitucional, tornando-se direito de todos os cidadãos e um dever do Estado. (FRANCO, 2017)

Infelizmente, o que mais se vê na prática são processos com durações nada razoáveis, aonde o prazo demasiadamente longo se torna um fardo para o acusado, além de causar diversas consequências negativas para outros possíveis envolvidos. O processo nesses casos acaba tomando caráter de pena por motivos óbvios e grande parte dessa realidade se deve a inércia do Estado em promover medidas eficazes de controle da duração do processo, combatendo as medidas protelatórias e punindo os responsáveis.

Mas, o ponto que merece destaque nesse trabalho consiste na falta de incentivo às medidas alternativas de resolução da lide penal, sendo que são necessários esforços para a concretização do aperfeiçoamento dos institutos da justiça penal negocial. Deve ser evitado o evidente fenômeno da judicialização exacerbada de litígios, que corresponde em um dos responsáveis diretos pelo acúmulo de processos em todas as instâncias da justiça brasileira. (FRANCO, 2017)

Em síntese, o Estado tratando como obrigatoriedade a aplicação de seu sistema clássico de persecução penal, não possui capacidade de cumprir com seu dever constitucional de dar uma duração razoável ao processo. Com isso, deixa de respeitar a supremacia do interesse público e a dignidade da pessoa humana. Não obstante, considerando a crescente demanda de processos criminais, trata-se de incumbência do Estado buscar meios de solucionar essa problemática antes que o sistema entre em colapso total, pois tal realidade não é culpa do acusado, nem de seu advogado e menos ainda das vítimas das infrações penais.

A justiça penal negocial se apresenta como a principal opção para resolução desse imbróglio e sua aplicação deve ser incentivada, para que assim

contribua com a efetividade do processo penal, sem deixar de lado o debate e as limitações que devem ser impostas à sua utilização, visto que qualquer instituto usado de maneira irresponsável pode trazer consequências graves.

1.3. Países expoentes na aplicação da Justiça consensual.

Como mencionado anteriormente, o presente trabalho irá tratar de alguns modelos da justiça penal negocial usados em países estrangeiros e que merecem destaque, pois os reflexos decorrentes de sua aplicação acabam por influenciar os demais modelos e certas características não devem ser adotadas pelo direito pátrio.

O primeiro modelo a ser comentado talvez seja o mais famoso por todo o mundo e desde sua origem é objeto de grande debate. Trata-se do *plea bargaining*, instituto processual penal norte-americano que tem seu fundamento totalmente ligado às características da justiça penal negocial, consistindo em um meio alternativo de solução da contenda penal. No entanto, é evidente que esse modelo tornou-se um instrumento quase obrigatório na justiça americana e com isso sofre severas críticas, pois a característica de alternatividade da justiça negocial acabou ficando de lado.

O *plea bargaining* surgiu nos Estados Unidos da América em meados do século XIX e sua origem se deu por conta da busca das próprias partes do processo por um acordo que possibilitasse uma resolução mais fácil e prática da lide penal. E por ser um acordo, tem a característica de uma concessão mútua, aonde o acusado abre mão de sua presunção de inocência e de outras garantias processuais e o órgão acusador deixa de buscar uma condenação mais grave perante o julgamento convencional (FONTES, 2019).

Para o acusado buscar essa condenação mais branda e todos os benefícios oriundos dela pode adotar duas condutas: confessar a prática do crime ou não contestar a acusação. Nesse sentido os ensinamentos de Rodrigo Brandalise:

as negociações americanas de sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (*guilty plea*, mote do *plea bargaining*) ou pela declaração de que não haverá a contestação da

acusação (*nolo contendere*). A nota distintiva entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda, não, porque se limita a não contestar a ação (em assumir a responsabilização mas sem realização de confissão pelos fatos). Diferenciam-se, igualmente, porque a segunda, no âmbito americano, não é aceita em todos os Estados. (2016, p.65).

A partir dessa breve explanação percebe-se que o modelo norte-americano difere-se do ordenamento jurídico pátrio no que diz respeito a busca pela verdade real, visto que nos Estados Unidos adota-se o modelo adversarial que é fundado no princípio da verdade formal. Isso significa, basicamente, que a declaração de culpa do acusado é suficiente para dar procedência a acusação, enquanto no direito pátrio a confissão de forma isolada não tem esse valor (SCHÜNEMANN, 2013).

O acordo é feito entre a defesa e o órgão acusador e pode ter características distintas conforme a esfera de tramitação do processo. Na Justiça Estadual, o acordo não exige tanta solenidade e pode ser feito na forma oral, sendo que em alguns estados o juiz está autorizado a intervir diretamente nas negociações. Porém, na Justiça Federal o juiz não está autorizado a participar das negociações, podendo somente recusar o acordo quando assim achar necessário, além de que é exigido mais formalidade na formulação do acordo, devendo ser escrito (FONTES, 2019).

Como já afirmado, o EUA não ficou alheio a expansão do direito penal e muito por conta disso passou a enfrentar uma grande demanda de processos criminais. Atualmente, é possível notar que o país está totalmente submisso ao modelo do *plea bargaining*, sendo que ausência desse instituto da justiça penal negocial causaria grandes problemas ao Judiciário dos Estados Unidos da América.

Com base nisso, tem-se uma estatística alarmante: mais de 90% dos casos criminais resolvidos nos EUA são por meio do *plea bargaining*. Prova disso é a entrevista ocorrida em 2014 do juiz federal norte-americano Jeremy D. Fogel, que afirmou categoricamente que 97% dos casos criminais dos EUA são resolvidos através do *plea bargaining*. Esse dado ressalta a crítica feita por boa parte da doutrina, pois tais números comprovam diretamente como o modelo americano

extrapola os limites da justiça consensual, visto que não é papel dessa justiça ocupar lugar de protagonismo na persecução penal de forma geral.

Enfim, após a breve análise da aplicação da justiça consensual no sistema norte-americano, é momento de se analisar mais um país que merece destaque devido o emprego de meios da justiça penal negocial através de seu modelo que também é objeto de debate por todo o mundo. Trata-se da Itália com o uso do *Patteggiamento*.

O *Patteggiamento* foi firmado no final do século XX, junto com outros meios procedimentais alternativos, porém foi o de mais destaque e efetividade na Itália. Esse instituto, que também é conhecido como aplicação da pena por requisição das partes, consiste em um acordo feito pela acusação e defesa sobre a sentença, competindo ao magistrado a homologação do acordo com uma valoração de juízo (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016).

O *Patteggiamento* que se conhece foi implementado pelo Código de Processo Penal italiano de 1988, revogando seu modelo antecessor que estava em vigor através de uma lei de 1981, modelo esse que era limitado e ineficiente. O novo instituto, como já dito, previa um acordo que seria valorado pelo magistrado, característica essa que o diferencia do *plea bargaining*, e esse juízo de valor consistia basicamente em uma análise criteriosa do acordo sob a égide dos preceitos da proporcionalidade e da legalidade. (CAPPARELLI; VASCONCELLOS, 2015)

Acerca desse juízo de valor feito pelo magistrado existe outra característica que merece destaque: diante da prova colhida, o magistrado tem o poder de absolver o acusado se assim achar necessário. Além disso, outra característica que distingue o instituto italiano do norte-americano é que o acordo representa um direito subjetivo do réu, não existindo a ampla discricionariedade pelo representante do órgão acusador. Desse modo, estima-se que o *Patteggiamento* tenha sido utilizado exclusivamente na solução de 20% dos processos nas cortes inferiores e em mais de 40% dos processos na esfera dos delitos mais graves, e considerando que essa média foi calculada na década de 90, sua aplicação deve

estar ainda mais abrangente. (CAPPARELLI; VASCONCELLOS, 2015)

Sem mais delongas, o último modelo a ser comentado no presente trabalho teve sua origem na Alemanha em meados da década de 1970, recebendo o nome de *Absprachen*.

A *Absprachen* consiste em um acordo feito pelo juiz diretamente com o acusado e seu defensor, sendo a interferência do Ministério Público bem menos relevante que nos outros modelos supracitados. Esse acordo que visa, basicamente, a aceleração da marcha processual surgiu sem previsão legal e só em 2009 foi introduzido ao ordenamento jurídico através do Código de Processo Penal alemão. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016).

A exemplo do *Patteggiamento*, o instituto alemão possui algumas características que o distinguem do *plea bargaining*. De acordo com a *Absprachen*, a confissão consiste em apenas mais um dos elementos de prova, não sendo suficiente para gerar uma antecipação da sentença com pena mais branda. Além disso, os termos do acordo deveriam ser registrados em audiência pública, sendo incabível a negociação dos termos da acusação, pois o Judiciário tinha o dever de buscar sempre a verdade. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016)

Após essa breve explanação acerca de alguns dos modelos da justiça consensual de maior abrangência a nível mundial, deve-se passar a analisar a aplicação da justiça penal negocial no Brasil, tema a ser tratado no capítulo seguinte.

CAPÍTULO II – A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL.

O presente capítulo tem como objetivo contextualizar um pouco da história da persecução penal no Brasil, buscando demonstrar os principais acontecimentos que moldaram o direito pátrio até os parâmetros atuais. Além disso, busca entender a importância dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95. E por fim, fazer apontamentos relevantes acerca do acordo de colaboração premiada, que se trata de um dos mais relevantes institutos da justiça penal negocial no Brasil.

2.1 A persecução penal no Brasil

A importância de se discutir e tentar entender a história da persecução penal no Brasil está ligada diretamente ao tema da presente monografia, visto que a partir dessa interpretação é que se pode ter diretrizes para compreender a força das raízes históricas da persecução penal no país e as enormes dificuldades em romper com essa mesma tradição. É demasiadamente complicado tratar da evolução histórica da persecução penal no Brasil desde sua origem, devido ao fato de que nos primeiros anos, a partir da colonização, não se tinha uma aplicação sistemática da justiça criminal, ficando sua aplicação ao livre arbítrio dos detentores do poder. Não que tal fato tenha sofrido grandes alterações nos anos seguintes, mas pelo menos passou a se observar uma procedibilidade mais “uniforme”, com o estabelecimento de algumas regras.

Em primeiro plano cabe destacar que todo ordenamento advindo dessa época era estipulado com base nas fortíssimas tradições eclesiásticas, o que é um tanto óbvio, visto que coincide com a fase de maior influência da Igreja na administração da justiça.

Partindo dessa premissa, observa-se que as primeiras regras sobre justiça criminal instituídas na antiga colônia através da Coroa Portuguesa foram as Ordenações Afonsianas, que basicamente se tratavam de um típico modelo medieval, com a previsão de penas cruéis e ampla discricionariedade por parte do Estado na produção de provas e na condução do julgamento. (ANTUNES; CHAZAN; GOMES; REGO; VIDEIRA, 2008)

Sucederam às Ordenações Afonsianas, as chamadas Ordenações Manuelinas, que não contaram com diferenças notórias, mantendo o mesmo sistema inquisitorial. E cabe destacar que o último sistema aplicado na colônia foi instaurado pelas Ordenações Filipinas, que não saiu dos padrões medievais. A realidade da época passou por maiores mudanças após a Independência, quando o pensamento liberal teve mais força e assim pôde combater de maneira incisiva o absolutismo. (ANTUNES; CHAZAN; GOMES; REGO; VIEIRA, 2008)

Essa mudança era, de certa forma, um reflexo do que acontecia principalmente na Europa, momento em que o Iluminismo passou a ser uma grande influência. Mas, como é de praxe no Brasil, as mudanças foram um tanto superficiais em vários aspectos, pois, ao mesmo tempo em que se buscou a revogação das Ordenações Filipinas, objetivando a abolição das leis opressoras, nada foi feito quanto a escravidão e tantas outras mazelas da época.

Pois bem, partindo desse cenário inflado por ideias liberais, surgiu o Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, aonde foi possível observar características que o aproximaram do sistema acusatório, não de uma forma mais elaborada, mas com princípios que o diferenciavam de tudo que havia sido feito até então. O ponto que mais merece destaque desse Código que vigorou nos primeiros anos do Império foi a atribuição dos chamados juizes de paz, que possuíam certa autonomia em suas funções, pois eram eleitos pelo povo e não mais nomeados pela livre vontade do imperador. Estes juizes eram responsáveis por diversas atividades, inclusive no tocante à parte probatória das infrações. Ademais, já se observava maiores possibilidades de defesa da liberdade, além da utilização do júri no julgamento dos crimes. (ANTUNES; CHAZAN; GOMES; REGO; VIEIRA, 2008)

Tais princípios tiveram vigor até quando a força política dominante da época assim entendeu. A partir do momento em que os liberais que defendiam esse ideal passaram a integrar o grupo governante, viram que seria mais conveniente que o autoritarismo e o modelo inquisitorial voltassem a prosperar. Assim foi feito. Em 1841 a política criminal sofreu novas alterações, caindo por terra o pouco que havia sido alcançado a nível de processo penal. (ANTUNES; CHAZAN; GOMES; REGO; VIEIRA, 2008)

Dentre essas mudanças, consta que o Império voltou a nomear os responsáveis pela apuração e julgamento das infrações penais, retirando as atribuições do juiz de paz. A reforma acabou também por adotar outra vez um processo tipicamente inquisitorial.

Ainda no Império, anos depois, houve mais uma grande alteração, mas dessa vez benéfica, trazendo de volta os princípios que ganharam força no período pós-Independência. A mudança mais significativa foi posterior a Proclamação da República, através da Constituição de 1891.

A partir disso houve a sedimentação de direitos e garantias inerentes ao processo penal, onde a ampla defesa passou a ter mais vigor, além da garantia do uso do habeas corpus em defesa da liberdade. Mais a mais, passou-se a limitar a decretação das prisões provisórias a certos requisitos, e também a estabelecer o direito ao julgamento por um juiz competente. Foram inúmeros avanços, inclusive alguns deles inéditos. E com esse movimento de evolução, e visando sistematizar o direito processual penal em único Código aplicável em todo o território nacional, foi editado o Decreto-Lei nº 3.699 de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal que ainda está em vigor atualmente. (ANTUNES; CHAZAN; GOMES; REGO; VIEIRA, 2008)

O Código de Processo Penal manteve muitas das alterações promovidas pelos liberais, esboçando as características já mencionadas do sistema acusatório. Porém, um detalhe merece ser ressaltado: tal Código foi editado na Era Vargas e seguiu praticamente todos os parâmetros estipulados no direito italiano através do regime fascista de Mussolini. Dessa forma, o Brasil não conseguiu se afastar

completamente dos ditames autoritários, mantendo em vigência várias normas de cunho opressor e discriminatório.

Tal realidade foi significativamente alterada apenas com a Constituição Federal de 1988, que é reconhecida por ter avançado na defesa dos direitos e garantias individuais, adotando parâmetros que acabaram por incompatibilizar diversas práticas adotadas na justiça criminal. Através da Constituição de 1988 mudou-se bastante a tratativa do processo penal no Brasil, o que acarretou inúmeras reformas, encabeçadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. O resultado dessas reformas é o que se observa hoje, visto que o Código de Processo Penal passou por severas mudanças, adotando atualmente um sistema mais moderno de persecução penal ao abraçar novos ideais. (ANTUNES; CHAZAN; GOMES; REGO; VIEIRA, 2008)

Superados de maneira bem sucinta os apontamentos históricos que interessam à compreensão da evolução histórica da persecução penal no Brasil, é momento de fazer uma análise mais próxima com a justiça penal negocial. O fato é que mesmo com toda a evolução da produção legislativa e da jurisprudência, é inegável que o Código de Processo Penal vigente ainda está atrelado às suas concepções tradicionais, não sendo possível observar o total banimento de atos arbitrários por parte do Estado. Percebe-se assim que o direito processual penal brasileiro estava muito mais para a Justiça Penal Retributiva do que para uma Justiça Penal Restaurativa que é mais ajustada ao direito penal negocial.

O foco do presente tópico foi justamente demonstrar como a persecução penal no país se desenvolveu de maneira muitas vezes desordenada, nunca abandonando por completo seu viés autoritário, sendo nítida a dificuldade da justiça penal negocial romper com esses laços sem tornar-se um novo meio de abusos do poder estatal.

Por fim, sendo sabido que o Brasil adota um sistema acusatório, e assim é defendido por parte esmagadora da doutrina, é nesses parâmetros que se inicia a discussão acerca da aplicação da justiça penal consensual no direito pátrio, visto que existem pontos extremamente benéficos e outros tantos que merecem duras

críticas.

2.2 Discussão acerca dos institutos da justiça penal negocial previstos na Lei 9.099/95.

Longe de esgotar assunto tão extenso, o presente tópico tem por objetivo explanar pertinentes questões acerca dos institutos da justiça penal negocial aplicados no Brasil através da Lei 9.099/95. Essa discussão deve tratar dos possíveis avanços na área, levantando-se críticas necessárias para o uso mais adequado do consenso no processo penal brasileiro. Primordialmente, mister se faz contextualizar os motivos incentivadores da criação da Lei nº 9.099/95, que inovou o conceito de política criminal no Brasil.

Pois bem, em meados da década de 1980 a preocupação com a superlotação dos estabelecimentos prisionais tomou proporções internacionais, mobilizando os países a discutirem sobre possíveis soluções ao encarceramento em massa. Nesse contexto, foram formuladas as Regras de Tóquio em 1986 pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, cujo projeto foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1990, compondo a Resolução nº 45/110. (SOARES JUNIOR, 2013)

As Regras de Tóquio foram oficialmente denominadas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, e foram criadas com o intuito de estabelecer diretrizes para se evitar o aumento do encarceramento e se possibilitar um tratamento mais digno ao encarcerado, dada a falência do sistema carcerário em diversos países do mundo.

Essa preocupação com o sistema penitenciário parte da extrema dificuldade em se manter uma política criminal eficiente com altos índices de população carcerária, uma vez que o Estado tem de arcar com despesas exorbitantes para manutenção de um sistema falido.

Por outro lado, mais preocupantes ainda são as diversas consequências que afetam diretamente o próprio encarcerado e toda a coletividade. Exemplo disso

é a estrutura dos ambientes prisionais que apresentam diversas mazelas, sujeitando o indivíduo que se encontra encarcerado a situações degradantes, em total violação à dignidade da pessoa humana. Somado a isso, ainda existe a brutal realidade que assola diversos países, onde os presídios se encontram totalmente dominados pelas facções criminosas, o que acarreta o crescimento do crime organizado com o consequente aumento da criminalidade, atingindo abruptamente a sociedade. Além disso, essa situação impõe um paradigma diverso a pena aplicada, visto que ao invés da ressocialização, o indivíduo se corrompe mais a cada dia que permanece no estabelecimento prisional.

As Regras de Tóquio estabeleceram caminhos a serem tomados para se combater todas as dificuldades mencionadas e diversas outras existentes, e para isso orientou os Estados-membros a tomarem iniciativas desde a fase pré-processual até a execução de uma pena, se evitando a imposição de medidas privativas de liberdade, tendo a justiça penal negocial importante atuação nesse sentido. (SOARES JUNIOR, 2013)

Não é novidade que o Brasil passa há muitos anos por todas as dificuldades ora comentadas e precisa sempre estar em busca de soluções a esse imbróglio, e nesse intuito, inspirado pelas Regras de Tóquio, o Poder Legislativo decidiu inovar ainda na década de 1990 a maneira de se encarar o processo penal no país. A Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais criminais no Brasil, é um grande reflexo do que as Regras de Tóquio orientam, como a criação de medidas descarcerizadoras e a previsão legal de um procedimento criminal mais simplificado. Ademais, merece ser ressaltada também a Lei nº 9.714/98 que ampliou a estipulação das penas restritivas de direito. (SOARES JUNIOR, 2013)

Com essas mudanças inéditas, o Brasil aderiu a um movimento de aplicação do consenso no processo penal que já vinha sendo buscado ao redor do mundo, a exemplo do *plea bargaining* nos Estados Unidos e diversos outros sistemas, mesmo que existindo diferenças substanciais entre os países, como mencionado no capítulo anterior da presente monografia.

Sendo assim, após a breve contextualização histórica dos motivos que

levaram a instituição da Lei nº 9.099/95, é momento de se tratar dos institutos nela previstos que inauguraram de vez a aplicação da justiça consensual no processo penal brasileiro.

Como é sabido, os Juizados Especiais Criminais são competentes para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, definidas como aquelas cuja pena máxima não ultrapasse 2 anos. Porém, a aplicação das medidas descarcerizadoras, que são típicos institutos da justiça penal negocial não está completamente restrita ao âmbito dos Juizados, como será demonstrado a seguir.

A composição dos danos civis, regulamentada pelo art. 74 da Lei nº 9.099/95, conhecida popularmente apenas como conciliação, consiste basicamente em um acordo feito entre a vítima e o acusado visando a reparação dos danos provenientes da infração cometida. A composição é a medida descarcerizadora que menos gera discussões, pois é imprescindível que o delito além de ser de menor potencial ofensivo, seja processado por meio de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Tal medida não gera maiores polêmicas pois está vinculada aos delitos cujo interesse de agir já se encontra nas mãos da vítima, podendo ela exercê-lo ou não de acordo com suas vontades particulares. Dito isso, a homologação do acordo atende aos interesses da vítima em uma possível indenização e acarreta a extinção da punibilidade pela renúncia do direito de queixa ou de representação, consistindo esses nos principais benefícios da aplicação de tal instituto. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Pois bem, ainda na Lei nº 9.099/95 existe a previsão de outra medida com uma aplicação que já se diferencia da anterior. Trata-se da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95 que consiste basicamente em uma proposta feita pelo Ministério Público ao acusado, oferecendo uma espécie de pena antecipada, podendo ser restritiva de direitos ou multa. Com o seu integral cumprimento também isenta o acusado de ser submetido a um processo criminal. É cabível em regra nas ações penais públicas incondicionadas, mas não há impedimentos para sua aplicação nas ações penais privadas. (LOPES JÚNIOR, 2018)

É um instituto que gera grandes controvérsias na prática, pois um dos

principais direitos do acusado é justamente a vedação da aplicação de pena sem o devido processo legal. Justamente por esse motivo, seria de maior prudência que fosse evitado a aplicação direta de pena, deixando os termos da transação restrito a medidas de caráter menos oneroso. Nesse sentido, observa-se que a aplicação consciente de certas vedações ao acusado (e não penas restritivas de direito), cumuladas com reparação do dano, sempre que possível, já se mostram suficientes para atender aos interesses de todos os envolvidos, evitando-se assim prejuízos exacerbados a qualquer das partes. Exemplos claros de vedações cabíveis nesses casos são o comparecimento na sede do Juízo para justificação das atividades e a proibição de se ausentar da comarca por períodos extensos. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Sem mais delongas, outro ponto importante dessa medida está no fato que ela não pode ser usada como uma forma de impedir o arquivamento da investigação, mas apenas como uma alternativa de resolução da lide penal quando presentes todos os requisitos para a propositura de uma ação penal, cumprindo assim com sua função de um típico instituto da justiça penal negocial. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Além disso, deveria ter sido evitado pelo legislador estabelecer requisitos genéricos com base na “personalidade” ou “maus antecedentes” do acusado para a concessão do benefício, pois tais critérios podem incentivar a discricionariedade sem medidas por parte do Ministério Público, o que pode acabar fulminando o direito subjetivo do acusado e rompendo com seu estado de inocência, visto que a transação penal não exige a confissão. Além de que não cabe ao promotor de justiça ou ao juiz fazerem valorações internas dessa conjectura. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Muito mais poderia ser falado e exemplificado, mas basicamente essas são as situações mais pertinentes e que se devidamente enfrentadas e resolvidas, aperfeiçoariam a aplicação da transação penal, que além de outras vantagens, não gera reincidência ou maus antecedentes.

A última medida descarcerizadora prevista na Lei nº 9.099/95 talvez seja

o mais importante e robusto exemplo dos institutos da justiça penal negocial no Brasil. A suspensão condicional do processo encontra previsão no art. 89 da referida Lei e estabelece alguns requisitos para que o acusado tenha a possibilidade de ver seu processo suspenso após o recebimento da denúncia, e que ao final de um certo período de prova seja declarada extinta a punibilidade.

A suspensão condicional do processo não está restrita aos Juizados Especiais Criminais, abrangendo toda e qualquer infração cuja pena mínima não ultrapasse o limite de um ano, com algumas raras exceções. Ademais, tem a capacidade de englobar tanto as ações penais públicas, quanto as privadas, conforme entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência. Sem deixar de mencionar que no caso de desclassificação do delito, cabendo a suspensão condicional, esta deverá ser proposta. (LOPES JÚNIOR, 2018)

O motivo desse instituto talvez ser o mais robusto dentre os outros reside no fato de que, em regra, a proposta é feita no momento do oferecimento da denúncia, fortalecendo a ideia de que estariam presentes todas as condições da ação penal, mas que ainda assim, o Ministério Público cumprindo com seu dever legal, oferece a possibilidade de negociação quanto ao processo.

Cabe ressaltar que o dever legal do Ministério Público não está exclusivamente ligado ao exercício da titularidade para a propositura da ação penal pública, pois a partir do momento em que a suspensão condicional do processo encontra previsão legal e, acima de tudo, deve representar um direito do acusado, trata-se de uma obrigação do *Parquet* cumprir com tal ordenamento. A discricionariedade no caso deve ficar restrita às condições estabelecidas na proposta, que ainda assim devem atender aos parâmetros da proporcionalidade. Porém, é necessário esclarecer que existe divergência na jurisprudência acerca do *sursis* processual se tratar ou não de direito subjetivo do acusado, existindo decisões em ambos os sentidos.

Estando presentes as condições e mesmo assim o Ministério Público se recusar a oferecer a proposta existe uma divergência na doutrina acerca da atitude mais correta a ser tomada. Prevalece na doutrina e jurisprudência que deve ser

aplicado o art. 28 do CPP. Pois bem, tal atitude não parece ser a mais inteligente, visto que a decisão final permanece com o próprio Ministério Público, sendo o referido artigo objeto de grandes controversas. Nessa linha, os ensinamentos de Aury Lopes Júnior:

Em que pese o entendimento prevalente, insistimos em nossa posição de que essa é uma solução excessivamente burocrática e fora da realidade diuturna dos foros brasileiros. Ademais, atribui a última palavra ao próprio Ministério Público, retirando a eficácia do direito subjetivo do acusado. Dessarte, presentes os pressupostos legais e insistindo o Ministério Público na recusa em oferecer a suspensão condicional, pensamos que a melhor solução é permitir que o juiz o faça, acolhendo o pedido do imputado, concedendo o direito postulado. (2018, p.768)

Pois bem, apesar do *sursis* processual ser um instituto de enorme importância e abrangência, vale destacar de maneira bem sucinta alguns pontos que deveriam ser objeto de melhorias, visando aperfeiçoar sua aplicação, além do fortalecimento da defesa às garantias do acusado.

Nesse caso, são aplicáveis as mesmas críticas feitas a transação penal, pois de igual modo deve se evitar a imposição de requisitos genéricos para a concessão do benefício. E fica o mesmo alerta quanto às condições estabelecidas na proposta, pois a suspensão não tem caráter de pena e condições excessivamente onerosas não devem prosperar.

Como foi demonstrado nessa breve análise crítica das medidas descarceradoras instituídas pela Lei nº 9.099/95, a justiça penal negocial pode se desenvolver perfeitamente no sistema acusatório, pois sua aplicação em consonância com as garantias do acusado consiste em um benefício de mão dupla, ao passo em que o Estado ganha uma alternativa nas resoluções das infrações penais, e o acusado pode contar com maior autonomia, tendo a opção de negociar ou não. Opção essa que, nessas circunstâncias não se mostra eivada de vícios.

Outro ponto extremamente importante e que sempre deve ser defendido é a imprescindibilidade da presença do advogado em todos os momentos dos acordos, sendo responsabilidade de tal profissional velar pelas garantias do acusado e assim repudiar qualquer arbítrio que possa ser cometido pelo Estado.

Gozam da mesma importância as críticas aqui explanadas, pois na medida que se corrige certas inconsistências, é notável o aperfeiçoamento na aplicação desses institutos da justiça penal consensual, prevenindo o uso desse sistema para fins temerários.

2.3 O acordo de colaboração premiada e algumas de suas particularidades na persecução penal brasileira.

O acordo de colaboração premiada é um instituto da justiça penal negocial que vem ganhando cada vez mais espaço no cenário nacional através das grandes operações da Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público visando o combate à corrupção. O presente tópico irá tratar desse assunto apresentando suas particularidades e expondo pontos críticos referentes à sua aplicação.

O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. Consiste em um acordo feito pelo investigado ou acusado da prática de uma infração penal com o Ministério Público, onde o acusado confessa a prática da infração e colabora na obtenção de provas contra os demais autores do crime. A colaboração feita de forma efetiva resulta em diversos benefícios para o colaborador. Tal acordo pode ser feito na fase de investigação, no curso da ação ou mesmo após o trânsito em julgado.

Um fato interessante é que tal instituto não encontra previsão apenas no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 12.850/2013, pois em uma breve análise é possível observar que diversas leis fazem referência a esse instituto. São exemplos claros: a Lei nº 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro); Lei nº 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária); Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), entre outros dispositivos legais. (CAVALCANTE, 2015)

A princípio, cabe destacar que apesar do acordo de colaboração premiada apresentar algumas características que foram inspiradas no *Plea Bargaining* dos Estados Unidos, é possível notar inúmeras diferenças entre um instituto e outro. Talvez a maior delas seja o peso da delação e da confissão do acusado, que no modelo americano podem ser usadas como provas para possíveis

condenações, mesmo que exclusivamente. Já no modelo brasileiro, a delação serve apenas como meio de prova, devendo ser corroborada com outras provas contundentes. Do mesmo modo é a confissão no sistema brasileiro, que não pode ser usada como embasamento exclusivo para uma condenação.

Prosseguindo, um detalhe que merece ser destacado é a nomenclatura do instituto, visto que ao contrário do que é publicado pela mídia, a colaboração premiada não é sinônimo de delação premiada, sendo que a colaboração é muito mais abrangente. Exemplo disso é a possibilidade do acusado ser um colaborador sem delatar outros possíveis autores da infração objeto da investigação ou ação penal. (CAVALCANTE, 2015)

No que tange ao acordo de colaboração premiada, a Lei nº 12.850/2013 é clara ao dizer que precisa ser efetivo e voluntário. A efetividade da colaboração está ligada aos possíveis resultados a serem alcançados, dentre os quais está a identificação de demais autores integrantes da organização criminosa. Porém, tal resultado não é o único, sendo que um dos principais objetivos do instituto é a reparação dos prejuízos decorrentes da prática criminosa, e por fim, desarticular a organização, prevenindo novos crimes. A voluntariedade está no fato do acordo ser realizado de forma livre, sem qualquer imposição estatal. Tal ponto ainda será objeto de debate. (CAVALCANTE, 2015)

A Lei nº 12.850/2013 prevê a possibilidade do delegado de polícia e do Ministério Público firmarem o acordo de colaboração premiada. A legitimidade do delegado para propor o acordo na fase da investigação criminal foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508. De acordo com entendimento da maioria dos ministros da Suprema Corte o fato do delegado de polícia propor o acordo não fere as atribuições do Ministério Público, sendo a matéria referente à concessão dos benefícios propostos no acordo de pronunciamento privativo do Poder Judiciário. Apesar disso, a doutrina defende de forma majoritária que a propositura do acordo de colaboração premiada cabe apenas ao Ministério Público, por ser o titular da ação penal.

Ainda no que se refere a propositura do acordo, existe outro entendimento do Supremo Tribunal Federal que gera controvérsias na doutrina. O Egrégio Tribunal

entendeu que o acordo de colaboração premiada não é um direito líquido e certo do investigado, podendo o Ministério Público atuar com discricionariedade regrada, não propondo o acordo em certas ocasiões, desde que a negativa seja fundamentada e cabível no caso concreto, podendo haver controle interno do próprio Ministério Público. (CAVALCANTE, 2019)

Porém, mesmo não havendo o acordo, nada impede que o acusado possa colaborar, sendo a colaboração analisada em seu favor no momento da sentença. Portanto, a colaboração premiada pode ensejar a aplicação dos benefícios previstos na Lei nº 12.850/2013, mesmo quando não formalizado o negócio jurídico entre Ministério Público ou delegado de polícia com o investigado. Trata-se da chamada colaboração premiada unilateral, que apesar de ter cabimento na prática, não está expressamente prevista na Lei nº 12.850/2013, e o Legislador perdeu a oportunidade de regulamentá-la nas inúmeras alterações feitas pela Lei “Anticrime”. (CAVALCANTE, 2019)

Pois bem, é necessário a observância de uma série de requisitos para a formulação da proposta do acordo de colaboração premiada, e sendo essa proposta recebida, inicia-se a confidencialidade acerca de todos os fatos relativos a colaboração, não sendo admitidas quaisquer divulgações ou violações a esse sigilo, conforme art. 3º-B da Lei nº 12.850/2013. Se o acordo não for celebrado por iniciativa do celebrante, as provas e informações fornecidas pelo acusado não poderão ser usadas em momentos posteriores. Outro detalhe interessante sobre o acordo é que as partes podem retratar-se da proposta, e nesse caso as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor (BROETO & MELO, 2019)

No momento das tratativas do acordo o juiz deve se manter alheio, não podendo ter qualquer participação no momento de sua propositura, estando sua atuação exclusivamente ligada à aferição da legalidade do acordo quando da homologação, que consiste em um requisito essencial para sua validade. A homologação não faz juízo de mérito, apenas fiscaliza os critérios de legalidade e voluntariedade do acordo, além de adequar os benefícios do acordo com a obtenção dos resultados. (CAVALCANTE, 2015)

Os critérios a serem observados no momento da homologação do juízo foram objeto de inovações por parte da Lei nº 13.964/2019, visto que consistia em um ponto objeto de muitas críticas pela doutrina. O parágrafo 7º do artigo 4º da lei que trata da colaboração premiada aumentou o número de critérios analisados pelo juiz, dentre os quais se deve destacar a anulação das cláusulas do acordo que violarem os parâmetros para a definição do regime inicial de cumprimento de pena previstos no Código Penal, visto que estavam sendo realizados acordos que desrespeitavam normas legais nesse sentido. (BROETO; MELO, 2019)

No que se refere aos benefícios para o colaborador, observa-se na Lei nº 12.850/2013 que são diversos e dependem de circunstâncias do caso concreto. Podem partir desde o não oferecimento de uma denúncia, até a possíveis reduções de pena, sendo o perdão judicial o maior benefício possível, pois está previsto no Código Penal como uma causa de extinção da punibilidade.

Como já mencionado anteriormente, a Lei nº 12.850/2013 foi objeto de inúmeras alterações pela Lei “Anticrime”, dentre as quais duas merecem maior destaque, além das já mencionadas. A primeira delas consiste na consolidação de um recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, o § 10-A do art. 4º da referida Lei passou a prever que em todas as fases do processo, o réu delatado poderá manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou. A segunda mudança consiste em um grande avanço, pois limitou o acordo de colaboração premiada apenas aos fatos ilícitos para os quais o colaborador concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados, evitando que o colaborador tenha que falar de fatos fora do contexto da investigação. (BROETO; MELO, 2019)

Pois bem, os apoiadores do acordo de colaboração premiada defendem que o Estado precisa avançar nos meios de combate à moderna criminalidade, sendo a colaboração premiada um instituto que abarca técnicas eficientes de obtenção de provas. Ademais, é defendido também que as informações passadas pelo colaborador não podem ser usadas de maneira isolada como fundamentação para possíveis condenações, pois a colaboração premiada consiste apenas em um meio de prova, sendo necessário provas contundentes para embasar as alegações do colaborador.

Sem prejuízo das demais particularidades do presente instituto (que são inúmeras), fica claro com as explicações feitas acima as principais características da colaboração premiada. Entendida sua estrutura básica, cabe ressaltar que existem inúmeras críticas a tal instituto, porém cabe ressaltar uma crítica que de forma isolada engloba muito bem a preocupação de muitos operadores do direito no que se refere ao uso da colaboração premiada no processo penal brasileiro.

Tal crítica parte de uma premissa básica para uma boa aplicação da justiça penal negociada no Brasil: sua aversão à prisão. A negociação no processo penal não combina com o uso da prisão. Diversos argumentos sustentam esse posicionamento, mas o principal deles está no fato da prisão ser usada como forma de pressionar o acusado a aceitar um acordo. (ROSA; SANT'ANA, 2019)

Dessa forma, considerando que a Lei nº 12.850/2013 não estipula limites máximos para a aplicação da colaboração premiada, e sendo certo que a atuação das organizações criminosas está quase restrita às infrações de alto potencial ofensivo, não surgem obstáculos para o uso do instituto em casos que o investigado ou acusado se encontra preso.

Com isso surge o alerta do uso da prisão como um meio de obrigar o acusado a colaborar, abrindo mão de algumas garantias inerentes ao devido processo legal, sendo notório como a prisão pode trazer consequências imensuráveis àqueles que são submetidos a essa medida extrema. E infelizmente, tal prática que remete a lembranças de tempos inquisitoriais terríveis ainda pode ser observada hoje em dia, de uma forma bastante comum. Desse modo, a busca desregrada pela obtenção de provas consiste em uma espécie de tortura moderna, como bem defendido pelo Ministro Gilmar Mendes. (ROSA; SANT'ANA, 2019)

Longe de se afirmar que tal instituto é usado apenas com esses fins temerários, pois excelentes profissionais integram o Ministério Público, o Poder Judiciário e todos os órgãos responsáveis pela persecução penal no Brasil, porém, não é prudente que tal possibilidade esteja a livre arbítrio do Estado.

A Lei nº 12.850/2013 prevê alguns métodos para combater esses abusos,

como por exemplo a possível realização de audiência para se verificar a voluntariedade do acordo, inclusive a Lei nº 13.964/19 reforçou essa preocupação, porém essas medidas se mostram insuficientes para combater os absurdos cometidos na realidade bastante complicada do sistema processual penal brasileiro.

Enfim, comentados alguns dos principais pontos da colaboração premiada como um instituto da justiça penal negocial no Brasil, e como o presente assunto não é foco da monografia, é momento de se adentrar de forma mais detalhada em um dos temas mais atuais no processo penal brasileiro: o acordo de não persecução penal.

CAPÍTULO III – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O presente capítulo tem como objetivo analisar um dos mais novos institutos da justiça penal negocial, o acordo de não persecução penal, que inaugurou o art. 28-A do Código de Processo Penal.

3.1 O acordo de não persecução penal e sua definição.

O acordo de não persecução penal encontra previsão legal no art. 28-A do Código de Processo Penal e foi instituído na legislação processual brasileira pela Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida por “pacote anticrime”. Um fato interessante que acompanha esse instituto é justamente sua origem, visto que mesmo antes de ser tratado por meio de lei, já vinha sendo aplicado através de uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

A Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público definiu o acordo de não persecução penal e estabeleceu algumas regras para sua aplicação, porém padecia de um enorme vício de constitucionalidade, pois a Constituição Federal dispõe em seu art. 22, inciso I, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual. A referida resolução criou novas regras no processo penal, estipulando meios completamente inéditos ao direito pátrio. Com isso, Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal para combater esse vício que era completamente inaceitável.

A resolução acima mencionada possuía outros graves problemas, como por exemplo a prescindibilidade de homologação judicial do acordo, sendo este literalmente exclusivo às partes. Porém, tal equívoco foi corrigido pelo próprio

Ministério Público em uma Resolução posterior. A bem da verdade muito poderia ser abordado acerca da Resolução 181/2017 no que tange ao acordo de não persecução penal, mas com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 as discussões sobre a resolução perderam o objeto e todas as questões voltaram-se ao inédito art. 28-A do Código de Processo Penal. O presente tópico visa esclarecer a estrutura do acordo com todos os requisitos dispostos pelo legislador.

Pois bem, o acordo de não persecução penal deve ser firmado entre o Ministério Público e o acusado acompanhado de seu defensor. Após a negociação entre as partes, o acordo deve ser encaminhado ao juiz, que analisará todos os aspectos de cabimento e todas as condições estipuladas. Sendo o caso de homologação, o negócio jurídico passará a produzir seus efeitos. Trata-se, portanto, de uma espécie de benefício regrado, aonde devem ser preenchidos alguns requisitos e o investigado deve cumprir certas condições com o intuito de impedir que seja instaurada uma ação penal em seu desfavor. Dentre outros benefícios destaca-se que não é gerada a reincidência ou sequer maus antecedentes, visto que se o acordo for devidamente cumprido, deve ser prolatada uma sentença declaratória de extinção da punibilidade. Todos os requisitos estão alocados no art. 28-A do Código de Processo Penal. (ARAUJO; BALBI, 2020)

O primeiro requisito é que para a propositura do acordo de não persecução penal não pode ser o caso de arquivamento da investigação, ou seja, o acordo só terá cabimento quando presente a justa causa para oferecimento da inicial acusatória. É a mesma abordagem feita no instituto da transação penal, pois o acordo não pode ser usado como uma alternativa de não arquivar a investigação, deve funcionar como um meio alternativo de resolução, evitando-se o processo. (ARAUJO; BALBI, 2020)

Outro detalhe interessante é que não importa quão robusto seja o lastro probatório levantado pelas investigações, sendo cabível o acordo de não persecução penal, deverá este ser proposto. Pois uma interpretação *a contrio sensu* levaria a entender que o acordo só seria utilizado quando o lastro probatório fosse insuficiente e frágil, o que não é o objetivo do instituto.

Prosseguindo na análise, o próximo requisito estipulado pelo texto legal é

a confissão formal e circunstanciada do fato. Esse requisito levanta grandes discussões na doutrina e gera muitas dúvidas sobre qual será o posicionamento adotado pela jurisprudência acerca do valor dessa confissão. Por se tratar de um tema mais extenso, será tratada em um tópico posterior.

O terceiro requisito dispõe que não deve ser o caso de violência ou grave ameaça. Essa violência ou grave ameaça é aquela exercida contra a pessoa, não importando para o presente instituto se for contra coisa. A violência pode ser real, presumida ou imprópria. Surgiu, porém, discussões sobre o cabimento do acordo de não persecução penal nos casos das condutas culposas que resultam violência a pessoa. Nessa discussão já é possível identificar dois posicionamentos bem definidos. (ARAUJO; BALBI, 2020)

O primeiro posicionamento tende a ser majoritário e dispõe que é possível a celebração do acordo nos casos de condutas culposas que resultem violência, pois a culpa está relacionada ao descumprimento de um dever de cuidado, não havendo qualquer intenção do agente em causar o resultado final. De acordo com seus defensores, esse posicionamento seria mais coerente com a intenção do legislador ao estabelecer o acordo de não persecução penal como uma medida que visa trazer soluções a problemática do grande acúmulo de processos judiciais. Essa posição é defendida pelo próprio Ministério Público, através de orientações do Conselho Nacional de Procuradores Gerais. (BARROS; CABRAL; CUNHA; SOUZA, 2020)

O segundo posicionamento entende que não é cabível o acordo de não persecução penal nos casos de condutas culposas que gerem violência a pessoa, visto que os resultados dessas condutas podem ser graves e por isso são merecedores de uma atuação mais contundente do direito penal. Essa posição não deve ser adotada como majoritária pela jurisprudência pátria.

Avançando na análise dos requisitos, observa-se que o artigo 28-A do Código de Processo Penal estabeleceu que seu instituto descarcerizador só pode ser aplicado no caso de infrações cuja pena mínima em abstrato seja inferior a quatro anos. Representa um limite que tem como objetivo evitar o uso da justiça

negocial nas infrações mais graves, diferentemente do que acontece no *plea bargaining* norte-americano. Esse requisito também abriu margens para diferentes interpretações e também surgiram duas posições nítidas.

Existe quem entenda que a disposição feita pelo legislador deve ser entendida de forma literal, onde o limite da pena deve ser necessariamente inferior a quatro anos, ou seja, estão excluídas as infrações cuja pena mínima em abstrato seja igual a quatro anos.

De outro modo, aparentemente vai prevalecer o posicionamento que diz ser cabível a aplicação do acordo de não persecução penal nas infrações cuja pena mínima seja igual a 4 anos. Ainda é cedo para concretizar qual posição será aplicada de forma predominante pela jurisprudência, pois trata-se de um instituto muito recente no ordenamento jurídico. Porém, esse posicionamento ganha força por conta do art. 44 do Código Penal, que é o verdadeiro referencial para o acordo de não persecução penal. O referido artigo dispõe que a pena privativa de liberdade será substituída por pena restritiva de direitos quando não for superior a quatro anos. Sendo assim, não seria desarrazoado utilizar os mesmos parâmetros. (ARAUJO; BALBI, 2020)

Ademais, o mesmo artigo 44 do Código Penal dispõe que não importa a quantidade de pena privativa de liberdade imposta, se a conduta for culposa, poderá essa pena ser substituída por pena restritiva de direito. Essa deverá ser a interpretação quanto a aplicação do acordo de não persecução penal, pois como já mencionado, a culpa pressupõe a violação de um dever de cuidado, não existindo qualquer intenção do agente no resultado, devido a isso não parece ser muito coerente potencializar a punição estatal em infrações culposas. (ARAUJO; BALBI, 2020)

Ainda se tratando do limite de pena, o artigo 28-A do Código de Processo Penal estabelece que as causas de aumento e de diminuição de pena serão consideradas na aferição da pena mínima para concessão do benefício. Para se chegar ao quantum adequado deve-se seguir a orientação da jurisprudência predominante que preconiza a utilização das causas de aumento no patamar mínimo

e as causa de diminuição no patamar máximo.

Além disso, sendo o caso de concurso de crimes deve-se levar em consideração a Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça que firmou entendimento que apenas será cabível a suspensão condicional do processo no caso de concurso de crimes quando a soma das penas ou a incidência da majorante não elevar a pena mínima acima de um ano. Apesar de tal súmula tratar sobre o *sursis* processual, deverá ser adotado o mesmo parecer no acordo de não persecução penal.

Por fim, o último requisito a ser analisado apresenta um viés um tanto subjetivo, pois define que as condições negociadas no acordo de não persecução penal devem ser suficientes para reprovação e prevenção do crime. Deve-se ter cuidado na interpretação desse requisito, pois só poderá ser valorado de acordo com o caso concreto, nunca permitindo uma análise com base apenas na gravidade em abstrato da infração. É prudente que se tenha como referência nessa análise o art. 59 do Código Penal que trata das circunstâncias judiciais. (LAI, 2020)

3.2 Vedações legais ao uso do acordo de não persecução penal.

Após a explanação feita sobre a definição do acordo de não persecução penal e seus requisitos, mister se faz analisar as situações em que o texto legal vetou a aplicação desse instituto descarcerizador, para com isso se ter uma melhor compreensão acerca dos seus limites. As vedações estão dispostas no parágrafo 2º do art. 28-A do Código De Processo Penal.

A primeira vedação (inciso I) consiste na inaplicabilidade do acordo não persecutório quando for possível o uso da transação penal. Essa proibição visa evitar a sobreposição de institutos que possuem o mesmo fim. Dessa maneira, continuará incidindo a transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95 quando for o caso de infrações de menor potencial ofensivo. Conclui-se que a rotina dos juizados especiais criminais não sofrerá grande impacto. (BARROS; CABRAL; CUNHA; SOUZA, 2020)

Outra importante observação é a criação de uma espécie de ordem de

preferência no uso dos institutos descarcerizadores previstos no ordenamento jurídico pátrio. Sendo o caso da transação penal, o acordo não deve ser aplicado. Porém, apenas se aplica o sursis processual previsto no art. 89 da Lei 9.099/95 quando não for cabível o acordo de não persecução penal. Inclusive, de acordo com o texto legal o descumprimento do acordo pode servir de justificativa para o não oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo. (BARROS; CABRAL; CUNHA; SOUZA, 2020)

É fato que essa restrição irá gerar grandes discussões, pois o acusado estaria sendo punido duas vezes pelo mesmo motivo, uma vez que o fato gerador da rescisão do acordo de não persecução penal estaria sendo usado também como impedimento para a aplicação do sursis processual, que acima de tudo representa uma possibilidade de extinção da punibilidade. É uma situação que deve ser analisada de acordo com cada caso concreto.

A segunda vedação (inciso II) é mais ampla e apresenta cinco situações: o acusado não pode ser reincidente, nem apresentar conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se as infrações anteriores forem insignificantes. A primeira situação é mais fácil de ser identificada pois deve ser utilizado a definição de reincidência prevista nos artigos 63 e 64 do Código Penal. As demais situações apresentam maiores peculiaridades.

É óbvio que houve grande imprecisão técnica por parte do legislador ao usar termos como “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”. Porém, a melhor interpretação parece indicar que conduta criminal habitual significa a prática frequente de crimes, enquanto a reiterada significa a prática criminosa por mais de uma vez e a profissional pode dizer respeito ao *modus operandi* do agente ou ao fato dele utilizar o crime como meio de vida. (LAI, 2020)

Para uma melhor abordagem desse tema deve ser observado que os inquéritos policiais e ações penais em curso não caracterizam maus antecedentes, sendo essa uma das principais garantias do sistema acusatório. Portanto, deveria ter sido evitado pelo legislador a utilização de termos genéricos ao descrever tamanha vedação. Mas, agora essa questão deve ser enfrentada pela jurisprudência e não

pode ser permitida a recusa do Ministério Público em oferecer o acordo de não persecução penal apenas por conta de inquéritos ou ações penais em andamento sob pena de violação de garantias constitucionais. (BARBOSA, 2020)

Os defensores dessa vedação sustentam que uma pessoa que ostenta alguma das condutas acima mencionadas não preenche o requisito da suficiência do acordo de não persecução penal na prevenção e repressão do crime, porém a utilização de casos que sequer caracterizam maus antecedentes viola o princípio da presunção de inocência. Por isso cada caso deverá ser analisado, devendo ser evitado o não oferecimento do acordo nas situações aqui comentadas.

Por fim, o texto legal diz não ser vedado o acordo de não persecução penal nos casos acima mencionados quando as infrações pretéritas forem insignificantes. O Conselho Nacional Dos Procuradores Gerais já emitiu a orientação que devem ser entendidas como insignificantes as infrações de menor potencial ofensivo. (LAI, 2020)

A terceira vedação (inciso III) diz não ser cabível o acordo de não persecução penal se o investigado houver sido beneficiado nos cinco anos anteriores por transação penal, suspensão condicional do processo ou pelo próprio acordo de não persecução penal. Essa vedação se assemelha a outra proibição tratada no art. 76, parágrafo 2º, inciso II, da Lei nº 9.099/95, que versa sobre a transação penal.

A quarta e última situação (inciso IV) trata da vedação a aplicação do acordo não persecutório nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Trata-se de uma vedação que está em conformidade com posicionamento firmado pela jurisprudência que diz respeito a aversão de medidas descarceradoras no tratamento desses casos.

Em uma análise mais criteriosa observa-se que sendo o caso de violência doméstica não importa o gênero da vítima e nem seu parentesco com o agressor, a relação de parentesco só importará no caso da violência familiar. Deve ser usado

como referencial o art. 5º da Lei nº 11.340/06. Sendo o caso de violência praticada contra a mulher por razões da condição de sexo feminino não importa o ambiente onde ocorreu a violência. (BARROS; CABRAL; CUNHA; SOUZA, 2020)

Com a promulgação da Lei nº 13.964/19 surgiram dúvidas se os crimes hediondos e equiparados estariam excluídos do acordo de não persecução penal devido a lacuna da Lei em não tratar desse assunto. O Ministério Público já emitiu orientações sobre o acordo não ser cabível nesses casos por não estar preenchido o requisito da suficiência na repressão e prevenção do crime. Porém, como não é prudente escolher quais são os casos cabíveis apenas com base nas orientações do Ministério Público e o único que pode fazer previsões em abstrato é o texto legal, cada situação deve ser analisada de acordo com o caso concreto. (LAI, 2020)

3.3 O acordo de não persecução penal e suas condições.

Depois de entendida a natureza do acordo e seus requisitos e também analisadas as situações de inaplicabilidade desse instituto, é momento de compreender as condições que podem ser negociadas entre as partes e que deverão ser cumpridas pelo investigado. A combinação das condições acabou causando certa estranheza por conta dos termos utilizados no texto legal, pois o art. 28-A do Código de Processo Penal diz que as condições serão ajustadas cumulativa e alternativamente.

Na interpretação dessa disposição há quem sustente que as três primeiras condições (incisos I, II e III) são obrigatórias e devem ser cumuladas alternativamente com a condição do inciso IV ou do inciso V. Porém, parece ser mais sensata a posição que as condições representam obrigações autônomas e podem ser cumuladas ou não, a depender do caso concreto. (BARROS; CABRAL; CUNHA; SOUZA, 2020)

Pois bem, a primeira condição (inciso I) consiste na reparação do dano causado pela prática criminosa, salvo impossibilidade de fazê-lo. Trata-se de uma condição que visa assegurar direitos da vítima, visto que na ausência de uma possível sentença penal condenatória não existe título executivo judicial a ser

executado pela vítima. No entanto, não há impedimentos para que a vítima busque a reparação do dano no âmbito cível. (ARAUJO; BALBI, 2020)

Na busca do aperfeiçoamento dessa condição, deve ser incentivado pelos representantes do Ministério Público a participação da vítima no acordo de não persecução penal, quando esta for possível. Pois, em um único ato pode-se resolver tanto a questão penal quanto a questão cível, além de se propiciar condições mais justas e adequadas ao valor fixado, potencializando o acordo.

A última observação pertinente a ser feita dessa condição é a mesma exceção contida no instituto da suspensão condicional do processo, uma vez que o investigado não pode ser obrigado a reparar o dano quando não possui condições de fazê-lo. Seria uma condição impossível de ser cumprida, o que inviabilizaria o intuito da medida descarcerizadora.

A segunda condição (inciso II) diz que o investigado deve renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. O instrumento deve ser entendido como o meio que o agente praticou a ação, o produto é o bem adquirido com a prática criminosa e o proveito são os possíveis lucros oriundos do produto. Essa é uma condição que em tese visa que o investigado não enriqueça de maneira ilícita. Porém, devem existir elementos contundentes que indiquem a existência desses objetos, sob pena de se criar uma condição inexecutável ou expor o investigado a um confisco de bens totalmente draconiano. (BARROS; CABRAL; CUNHA; SOUZA, 2020)

A próxima condição (inciso III) indica que o investigado deve prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução. É uma condição com viés problemático, pois a exemplo do que foi discutido na transação penal, uma das principais garantias do investigado é a vedação da aplicação de pena sem o devido processo legal. (LOPES JÚNIOR, 2018).

A bem da verdade, essa condição não tem caráter de pena, pois lhe falta

imperatividade, visto que é oriunda de um negócio entre as partes. No entanto, tal condição equivale a uma pena restritiva de direitos em sua essência e por esse motivo deveria ter sido evitada pelo texto legal. Além disso, acabou sendo permitida grande discricionariedade por parte do Ministério Público na estipulação dos termos. Portanto, cabe às partes negociarem sua aplicação e ao magistrado fazer a análise das condições com base na proporcionalidade, para que assim sejam evitados possíveis exageros. A interferência do juízo da execução será comentada em outro tópico.

A quarta condição (inciso IV) afirma que o investigado deve pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Essa prestação pecuniária é estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal. São cabíveis as mesmas considerações acima explanadas sobre a terceira condição.

A última condição (inciso V) talvez seja a que desperta maiores inquietações. O Ministério Público poderá indicar outra condição a ser cumprida pelo investigado por prazo determinado, desde que proporcional e compatível a infração imputada. Como é perceptível, o leque de negociação dos membros do *Parquet* nesse campo é amplo. A verdade é que o Legislador perdeu a oportunidade de evitar uma cláusula com tamanha discricionariedade, deixando a responsabilidade nas mãos dos operadores do direito. (BARBOSA, 2020)

Essa situação necessita de forte atuação por parte dos advogados de defesa e também de fiscalização do Poder Judiciário para que as aberrações jurídicas não prevaleçam. É verídico que a maioria dos membros do Ministério Público trabalham em busca de melhores soluções para as questões processuais penais, mas sendo o caso de um negociador que faz do acordo um campo de guerra e acabando tornando seus termos indiscutíveis, se faz necessária a atuação conjunta dos causídicos para tornarem infrutíferas as ações desse negociador, reduzindo drasticamente seus resultados. (ROSA, 2020)

Ademais, algumas condições que podem ser estipuladas através desse

inciso poderiam ter sido previstas no texto legal por serem mais compatíveis com o instituto descarcerizador que a previsão de equivalentes de penas restritivas de direitos. Podem ser usadas como exemplo: a atualização do endereço do investigado e o seu compromisso em justificar possível descumprimento do acordo.

3.4 Homologação e cumprimento do acordo de não persecução penal.

Após a verificação de todas as etapas aqui mencionadas e após a negociação das condições, o acordo deverá ser formalizado por escrito e assinado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. Posteriormente, o acordo será encaminhado para apreciação judicial.

Para homologação do acordo deverá ser designada uma audiência onde será analisada a sua voluntariedade. Para que a audiência surta seus efeitos adequados mostra-se importante que o membro do Ministério Público não esteja presente, sendo o ato voltado para a oitiva do investigado na presença de seu defensor. (CUNHA, 2020)

Apesar de estar com sua aplicação encubada, é da competência do juiz das garantias apreciar os termos do acordo. Nessa análise, o juiz pode entender que as cláusulas são inadequadas, insuficientes ou abusivas e nesse caso devolverá os autos ao Ministério Público para que seja realizada nova proposta. Deve haver, no entanto, concordância expressa do investigado e seu defensor, sendo considerada essa como uma retratação. (CUNHA, 2020)

Na situação do juiz entender que não é o caso de acordo e recusar a homologação, devolverá os autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. Porém, as partes inconformadas com essa decisão poderão interpor recurso em sentido estrito, de acordo com o art. 581, inciso XXV do Código de Processo Penal.

O fato da Lei nº 13.964/19 elencar a recusa a homologação do acordo como uma das hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito vem gerando grandes discussões, pois é defendido pelo Ministério Público que quando há

discordância sobre a possibilidade do acordo, a decisão final deveria ser do superior hierárquico do próprio *Parquet*, a exemplo do que ocorria na previsão da Resolução 181/2017 do CNMP. De acordo com esse posicionamento, deveria ser usado por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal em sua redação anterior devido a suspensão da nova redação. Quando o redação atual estiver sendo aplicada, deveria ser utilizado o parágrafo 14 do próprio art. 28-A. (CUNHA, 2020)

De qualquer modo, até para esse posicionamento o recurso em sentido estrito se mostra o método de impugnação correto quando o juiz recusar a homologação do acordo por entender que não existe justa causa para a demanda. Seria a mesma apreciação feita se houvesse uma denúncia, pois nessa situação o juiz a rejeitaria. Como o acordo só pode ser proposto quando não é o caso de arquivamento da investigação, um fato sem justa causa não deve ser passível de acordo, devendo essa análise ser feita pelo Judiciário. (CUNHA, 2020)

Fato é que a previsão legal é bem clara ao indicar o recurso em sentido estrito como método de impugnar a não homologação do acordo não persecutório em qualquer uma das situações que se enquadrem na divergência entre as partes e o juiz. Dessa forma, caberá a jurisprudência abordar esse tema e buscar pacificar essa questão.

Outra situação se dá quando existir divergência entre membro do Ministério Público e investigado. Na hipótese do integrante do Parquet achar que não é o caso do acordo de não persecução penal e o investigado achar que o acordo é cabível, o investigado poderá requerer a remessa dos autos para análise do órgão superior do Ministério Público. Trata-se de disposição expressa do parágrafo 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal. Porém, como já dito anteriormente sobre a transação penal e sursis processual, a partir do momento que se considera o instituto como um direito subjetivo do investigado, nada impede que o juiz o conceda caso haja requerimento expresso do investigado e os requisitos estejam preenchidos. Não seria atentar contra o sistema acusatório, mas fazer valer uma garantia processual do investigado. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Por fim, estando o acordo de não persecução penal em perfeitas

condições deverá ser homologado pelo juiz e encaminhado para a Vara de execuções penais onde terá início o seu cumprimento. Esse encaminhamento para a vara de execuções não foi a previsão mais correta, pois essa vara é responsável pelos casos onde há o cumprimento de pena e o acordo não trata de penas.

Como já dito anteriormente, a participação da vítima no acordo de não persecução penal deve ser incentivada, porém o texto legal não exige que ela participe. No entanto, a vítima deverá ser intimada da homologação do acordo e de seu possível descumprimento.

No período de cumprimento do acordo a prescrição estará suspensa, tendo a Lei nº 13.964/19 inaugurado uma nova causa suspensiva da prescrição. O cumprimento do acordo será fiscalizado pela vara de execuções penais, porém quando houver seu descumprimento, deverá o Ministério Público cientificar o juízo da homologação e requerer sua rescisão. Portanto, cabe ao juízo que homologou o acordo de não persecução penal proferir decisão que o rescinde.

De outro modo, sendo o acordo devidamente adimplido será decretada a extinção da punibilidade, diferentemente do que acontecia na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público que apenas previa o arquivamento das investigações, o que não poderia ser diferente, pois se essa resolução também inaugurasse uma causa extintiva da punibilidade seria ainda mais criticada, e com razão.

3.5 Discussão acerca da confissão como requisito do acordo de não persecução penal.

Como mencionado anteriormente, a confissão formal e circunstanciada é um requisito do acordo não persecutório e representa o ponto mais polêmico na discussão sobre esse instituto. No presente debate surgiram alguns posicionamentos e através deles pode-se extrair pontos relevantes para uma melhor compreensão desse requisito.

Existe o posicionamento de que não deveria ter se exigido a confissão

para formalização do acordo, pois tal requisito apresenta traços inquisitórios não compatíveis com o atual sistema processual penal, visto que a busca incansável pela verdade absoluta através da confissão ficou no passado. Além disso, não seria correto exigir assunção de culpa para obtenção dos benefícios de um instituto consensual e a prova disso se materializa no fato da transação penal e da suspensão condicional do processo não exigirem a confissão. (CASTRO; PRUDENTE NETTO, 2020)

Por outro lado, tem-se a posição de que a confissão neste caso está em consonância com o sistema acusatório e não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere* pois qualquer investigado pode voluntariamente confessar o delito que lhe é imputado, desde que esteja assistido por defesa técnica. E também, para a formalização da confissão o investigado deve ser advertido quanto ao seu direito de não produzir provas contra si mesmo. (LIMA, 2018)

As duas posições possuem certa razão em seus argumentos, mas devem ser feitas algumas ponderações para se chegar a uma conclusão mais adequada acerca da confissão como requisito do acordo de não persecução penal e a partir disso entender os seus limites.

Como já analisado, o acordo de não persecução penal só é cabível quando não for o caso de arquivamento da investigação, ou seja, deve haver justa causa para o oferecimento da inicial acusatória. Pois bem, a confissão para concessão do acordo não persecutório não deve ser entendida como elemento formador da *opinio delict* do Ministério Público, pois no momento da negociação do acordo já devem existir elementos suficientes que caracterizem a justa causa para o exercício da ação penal.

Observa-se que a confissão circunstancial como requisito do acordo visa impedir que um terceiro assuma a prática de infrações que não cometeu, por isso levanta elementos convergentes com as informações já apuradas, evitando-se a banalização do direito penal e o uso indevido do acordo de não persecução penal. (ROSA, 2020)

Portanto, cabe ressaltar com a devida vênia que, diferentemente do

aduzido por certas pessoas, a confissão não tem o papel de afirmar uma busca pela verdade absoluta, muito menos auferir qualquer julgamento antecipado. Nesse sentido as palavras de Rogério Sanches:

[...] apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. (2020. p. 129).

A formalidade da confissão se dá pela solenidade que a envolve. Ela deverá ser feita pelo investigado na presença de seu defensor após terem negociado os termos do acordo com o membro do Ministério Público e segundo a orientação do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais deve ser gravada em áudio e vídeo, a exemplo do que acontecia quando era aplicado o art.18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Após isso, a voluntariedade da confissão e todo o acordo devem passar pela apreciação do juiz das garantias.

A confissão deve ser circunstanciada, ou seja, o investigado deve esclarecer todos os detalhes que tenha conhecimento acerca do fato. Essa confissão deve ser circunstanciada justamente para ser corroborada com as informações já levantadas na investigação. Ademais, a confissão deve ser restrita aos fatos da investigação, sendo que o investigado não pode ser submetido a falar sobre outros fatos. (CUNHA, 2020)

Depois de entendido o objetivo da confissão, mister se faz a compreensão de algumas peculiaridades. Muito se tem discutido sobre a chamada confissão qualificada, que ocorre quando o indivíduo ao confessar alega em seu favor alguma causa excludente da culpabilidade ou ilicitude. A posição da jurisprudência majoritária tende a ser favorável quanto ao cabimento do acordo nesses casos, tendo como referencial o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça ao considerar que a confissão qualificada enseja a atenuante genérica do art. 65 do Código Penal. Mas é claro que se o investigado tem a seu favor um argumento que possa absolvê-lo, deve ser debatido com a defesa se um acordo é realmente a melhor opção. (MOREIRA, 2020)

Talvez o ponto mais polêmico seja a validade da confissão caso o acordo de não persecução penal venha a ser descumprido pelo investigado. Se o acordo for descumprido a confissão pode servir como elemento probatório de uma eventual sentença condenatória? A resposta é definitivamente não. Trata-se de uma confissão extrajudicial, que muito se assemelha a confissão feita em sede de inquérito policial e portanto não tem valor probatório suficiente para embasar uma condenação.

A assunção de culpa que tem reconhecimento jurídico é apenas a feita durante a instrução processual perante a autoridade judiciária, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sendo que até mesmo essa confissão não pode ser usada exclusivamente como fundamento de uma condenação, devendo ser corroborada com os demais elementos de prova. A confissão definitivamente não é a rainha das provas. E no caso do acordo de não persecução penal nem existe processo instaurado.

Outro detalhe interessante está no fato de que a partir do momento que o juiz das garantias passar a operar normalmente no país, toda a matéria de sua competência não será enviada ao juiz da instrução e julgamento, salvo as exceções dispostas no Código de Processo Penal. Portanto, possíveis informações decorrentes de um acordo de não persecução penal descumprido pelo investigado sequer se farão presentes durante a instrução processual. Caso o acordo seja descumprido pelo membro do Ministério Público deve ser garantida ao investigado a execução de todos os termos do negócio jurídico e a devida concessão dos seus benefícios. (MOREIRA, 2020)

Para finalizar, existem discussões quanto a possibilidade da confissão ser usada em outros processos. Pois bem, a postura ideal é que tal confissão não seja utilizada em outra hipótese além da obtenção do acordo de não persecução penal. No entanto, caso venham surgir situações desse tipo, observa-se que o indivíduo estará protegido pelo acordo e poderá exercer seu direito de defesa em eventual outro processo. Pode para isso aduzir que a confissão foi feita nos termos do acordo e para fins de sua concessão, tendo cada processo realidades diferentes a depender do caso concreto.

Mas, claro que a melhor solução seria sempre que possível munir o acordo de não persecução penal com outras áreas, podendo tratar do reflexo na área cível por exemplo, desde que haja interação entre os agentes, como já comentado.

3.6 Questões advindas com a aplicação do acordo não persecutório.

O presente tópico tem como objetivo explanar de forma simplificada algumas questões que surgiram com o advento do acordo de não persecução penal e acabam levantando algumas dúvidas no cenário jurídico. Cada questão será tratada separadamente.

3.6.1 O acordo não persecutório e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

É levantado por algumas vozes na doutrina que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que já foi objeto de análise em um capítulo anterior, seria um empecilho para a implementação do acordo de não persecução penal. Porém, tal inquietação parece estar superada desde o advento da Lei nº 9.099/95 que inaugurou a transação penal no ordenamento jurídico pátrio.

Como foi entendido de forma majoritária, o instituto previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95 não representa uma ofensa ao princípio da obrigatoriedade, muito menos uma exceção, devendo ser compreendido como uma mitigação ao referido princípio. Desse entendimento, extrai-se que quando presentes todas as condições da ação, o *Parquet* ao invés de oferecer denúncia, pode promover a aplicação do instituto consensual quando preenchidos os requisitos. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Com o avanço dos espaços de consenso no processo penal, não parece que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública represente um obstáculo para a aplicação do acordo não persecutório. Ademais, deve ser ressaltado que quando o membro do Ministério Público entender que não é cabível o acordo deverá fundamentar adequadamente sua recusa. Além disso, por expressa previsão do próprio art. 28-A do Código de Processo Penal, o investigado poderá solicitar a

remessa da questão a análise do órgão superior do *Parquet*, o que fortalece o entendimento que o acordo de não persecução penal representa acima de tudo um direito subjetivo do investigado.

3.6.2 O acordo de não persecução penal e o princípio da ampla defesa.

O princípio da ampla defesa dispensa comentários e está definitivamente consagrado no direito pátrio através do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. De acordo com esse princípio "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Trata-se portanto de uma das principais garantias inerentes ao processo penal. (LIMA, 2018)

Muito se tem discutido acerca da possibilidade do acordo de não persecução penal ferir o referido princípio, pois ao optar pelo acordo, o investigado estaria, em tese, abrindo mão do seu direito de defesa na ação penal que poderia ser instaurada, além de outras problematizações verificadas.

No entanto, percebe-se que em momento algum o investigado deve renunciar sua defesa técnica para formalizar o acordo, pelo contrário, o defensor deve estar presente em todas as suas etapas. A partir dessa ótica tem-se a conclusão que o acordo não persecutório passou a ser uma nova possibilidade de defesa para o investigado, devendo essa opção ser sempre analisada.

Esse paradigma tende a revolucionar a atuação dos causídicos no processo penal, e com o passar dos anos ficará evidente como o acordo de não persecução penal representa uma nova tática a ser utilizada na defesa do investigado, pois cabe a ele e seu defensor discutirem se um acordo é ou não a melhor opção no caso concreto.

Em tese, não é aconselhável que um investigado que tenha a seu favor fortes elementos que podem levar a sua absolvição faça um acordo, pois ele deve usar o processo como forma de buscar o resultado mais favorável que lhe interessa. Porém, existem casos onde todos os elementos colhidos na investigação possuem

um valor muito desfavorável ao acusado, e nessas situações os benefícios de um acordo passam a representar uma hipótese interessante. E como já mencionado, interessante para todos os envolvidos, pois um processo pode ser evitado. Trata-se de uma premissa básica em qualquer negociação e que passará a ser cada vez mais adotada na prática jurídica.

3.6.3 Retroatividade do acordo de não persecução penal.

Apesar da orientação do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais que diz ser aplicável o acordo de não persecução penal aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/19 apenas quando não houve o recebimento da denúncia, esse não deverá ser o posicionamento adotado pela jurisprudência.

Fato é que o acordo de não persecução penal adquiriu natureza de norma híbrida ou mista, pois além de tratar dos aspectos processuais, trata também sobre direito material ao criar uma nova causa de extinção da punibilidade, sendo por isso mais benéfica que eventual sentença condenatória. Portanto, incide a previsão do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, aonde a lei penal mais benéfica deve retroagir. Por isso, se mostra mais correto que o acordo não persecutório deva ser aplicado em todos os processos em curso em que é cabível, desde que não haja sentença prolatada. (JOSITA; LOPES JÚNIOR, 2020)

A sentença deve ser entendida como momento preclusivo para o oferecimento do acordo por conta do entendimento já firmado diversas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da suspensão condicional do processo, além de que quando já existe sentença prolatada, o acordo de não persecução penal perde um pouco de sua justificativa. (FACCHI JÚNIOR, 2020)

3.6.4 Acordo não persecutório e o plea bargaining.

Como já mencionado, o *plea bargaining* é um modelo de justiça penal negocial que teve sua origem nos Estados Unidos e representa o mais famoso dos instrumentos da justiça consensual penal. Apesar desse modelo servir como inspiração para os demais, sofre críticas contundentes acerca da falta de limites para

sua aplicação. Era da intenção do então ministro da justiça e segurança pública Sérgio Moro, incentivador do chamado “pacote anticrime”, a implementação desse modelo no sistema processual penal brasileiro, porém, isso foi afastado veementemente pelas Casas Legislativas, tendo permanecido no pacote o acordo de não persecução penal, que já está em vigor.

A partir disso, surgiram especulações sobre o acordo de não persecução penal se aproximar do modelo norte-americano, porém deve ser destacado que o alcance de ambos os institutos é muito diferente. O acordo brasileiro possui inúmeros limites, enquanto o instrumento americano é aplicado em praticamente todos os casos da justiça criminal estadunidense, inclusive nos casos mais graves.

Além disso, o *plea bargaining* pode ser utilizado como meio de prova, já o acordo de não persecução penal não possui essa característica, algo semelhante na justiça brasileira se dá na colaboração premiada. Ademais, o próprio peso da confissão possui uma enorme diferença, pois no instrumento americano a confissão pode servir de embasamento para condenação e no caso do acordo não persecutório já foi demonstrado que a confissão não possui esse valor quando o acordo é descumprido. (SOUZA, 2020)

Muito poderia ser explanado sobre a diferenciação de ambos institutos, mas basicamente, fica evidente que apesar do acordo não persecutório ampliar a justiça penal negocial no Brasil, possui inúmeras diferenças com o *plea bargaining*, aonde destaca-se que, além do acima mencionado, o modelo brasileiro busca evitar a instauração de uma ação penal, enquanto o modelo americano negocia a própria sentença.

3.6.5 O acordo de não persecução penal nas ações penais de iniciativa privada.

Surgiu também, a problemática acerca do cabimento do acordo de não persecução penal nas ações penais de iniciativa privada. Nessa discussão é defendido por alguns que o acordo não seria cabível por falta de previsão legal, além de que ficaria sem solução a hipótese em a vítima titular da ação se recusasse a oferecer a proposta quando presentes os requisitos. (MOREIRA, 2020)

Entretanto, apesar de não haver previsão legal para aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo em ações privadas, observa-se que são perfeitamente utilizadas nesses casos. Além disso, o problema do não oferecimento do acordo pela vítima titular da ação penal quando preenchidos os requisitos, pode ser resolvido de duas formas.

Em um primeiro plano tem-se a negociação do acordo com o próprio Ministério Público, que não atuaria nesse caso como titular da ação penal por clara falta de legitimidade, mas atuaria como fiscal da lei, fazendo valer o direito que o acusado tem que lhe seja oportunizada uma causa extintiva da punibilidade.

E por fim, mais uma vez é cabível a alternativa que foi apontada no caso da transação penal, do sursis processual e em outros aspectos do próprio acordo de não persecução penal. Entendendo-se o acordo como um direito subjetivo do investigado, nada impede que o mesmo o requeira ao juiz e se preenchidos os requisitos para sua admissibilidade, o próprio juiz o conceda. Não seria atentar contra o sistema acusatório, mas impedir que uma garantia não seja oportunizada ao investigado. (LOPES JÚNIOR, 2018)

CONCLUSÃO

O estudo apontou como a justiça negocial vem ocupando cada vez mais espaços no direito processual penal, explicando quais abordagens devem ser aplicadas no manejo dos institutos de consenso para se evitar a banalização do direito penal e sobretudo a anulação dos direitos e garantias do cidadão.

Tendo como objetivo geral a análise da justiça penal negocial como um meio que pode amenizar a demanda de processos criminais, trazendo resultados positivos e mais céleres, a pesquisa não deixou de considerar todo o debate por trás de tal instituto, problematizando as inconsistências, visto que existem saídas para aperfeiçoar os espaços de consenso.

Como objetivo específico, a monografia voltou-se a explicar como a aplicação do acordo de não persecução penal pode trazer consequências ainda não enfrentadas pelo Direito Pátrio e com isso buscou elencar saídas que ocasionem maior segurança jurídica na aplicação desse instituto tão recente.

Conclui-se que o acordo não persecutório revolucionou toda a forma de se manejar o processo penal brasileiro, ampliando campos ainda não abordados de maneira habitual pelos operadores do direito pátrio e que apesar de todas as discussões, já é uma realidade no ordenamento jurídico. Com isso, o estudo foi voltado a explorar formas de aplicação dos institutos de consenso que possam resguardar as garantias preconizadas pelo direito processual penal.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Rita de Cássia Alves; CHAZAN, Eduardo Leite; GOMES, Abel Fernandes; REGO, Roberta da Silva Dumas; VIDEIRA, Renata Gil de Alcântara. Persecução penal e devido processo legal no Brasil e na Common Law Tradition – análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos.

Revista da SJRJ nº 22 – Direito Penal e Processual Penal (2008). Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/persecucao-penal-e-devido-processo-legal-no-brasil-e-na-common-law-tradition>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ARAUJO, Douglas; BALBI, Laura. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. **Revista Jus Navigandi**, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. Ed. Rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARBOSA, Ana Cássia. **O “novo” acordo de não persecução penal**, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodvm, 2020.

BOZZA, Fábio da Silva. **As dimensões da expansão do direito penal**. 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/339494712/as-dimensoes-da-expansao-do-direito-penal>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso De Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 13º edição, 2018.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 mar. ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 13 mar.

2020.

BRASIL. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2020.

CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *Patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; PRUDENTE NETTO, Fábio. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opinioao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Dizer o Direito: Colaboração Premiada.** Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/colaboracao-premiada.html#>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Dizer o Direito: Poder Judiciário não pode obrigar o Ministério Público a celebrar o acordo de colaboração premiada.** 2019. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/poder-judiciario-nao-pode-obrigar-o.html>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017.** Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP E LEP.** Salvador: Juspodvm, 2020.

FACCHI JUNIOR, Edson Luiz. O novo acordo de não persecução penal e sua aplicação durante a instrução penal. **Canal Ciências Criminais**, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-novo-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 04 abr. 2020.

FOGEL, Jeremy D. Acordos criminais podem diminuir a morosidade da justiça brasileira. **Revista Consultor Jurídico**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-16/acordos-criminais-podem-ajudar-morosidade-judiciario-brasileiro>. Acesso em: 13 nov. 2019.

FONTES, Lucas Cavalheiro. *Plea bargain*: o que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN

1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5774, 23 abr. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72872>. Acesso em: 07 mar. 2020;

FRANCO, Elizeu Peterson. **O princípio da duração razoável do processo penal**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58632/o-principio-da-duracao-razoavel-do-processo-penal>. Acesso em: 12 nov. 2019.

GOMES FILHO, Dermeval Farias; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional (UNICEUB)**. 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4097>. Acesso em: 30 mar. 2020.

GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). **Enunciados Interpretativos Da Lei Anticrime** (Lei nº 13.964/2019), 2019. Disponível em: https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 29 mar. 2020.

JOSITA, Higyna; LOPES JÚNIOR, Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn3. Acesso em: 03. abr. 2020.

LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. **Revista Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 27 mar. 2020.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 7. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev. ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 15ª edição, 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. **Revista Justificando**, 2020. Disponível em: <http://www.justificando.com/2020/01/31/o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jocos** – 6ª Edição. Florianópolis: EMais – Editora & Livraria Jurídica, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. **Delação premiada como negócio jurídico**: a ausência de coação como requisito de validade. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2019.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Thiago Paixão da. Os princípios do Direito Processual Penal através de uma interpretação sistêmica e evolutiva. **Boletim Jurídico**. Uberaba/MG, 2017. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4221/os-principios-direito-processual-penal-atraves-interpretacao-sistemica-evolutiva>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SOARES JUNIOR, Antonio Coêlho. As regras de Tóquio e as medidas não privativas de liberdade no Brasil e na Itália. Breves considerações. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3594, 4 maio 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24351>. Acesso em: 7 mar. 2020.

SOUZA, Andressa Cecon Bidutti. O Acordo de Não Persecução Penal: Noções Gerais e Constitucionalidade. **Revista Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-noco-es-gerais-e-constitucionalidade/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

SOUZA, Renee de Ó. Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de *plea bargain*. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>. Acesso em: 04. abr. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. 60 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4971>. Acesso em: 25 mar. 2020.