

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CARLO FANTONI NETO

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

SÃO PAULO

2020

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Carlo Fantoni Neto

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Penal e Processual Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte.

SÃO PAULO

2020

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Carlo e Lola, pela admiração incondicional que tenho pelas pessoas que são, pelo amor imenso e gratidão por todas as oportunidades que me proporcionaram.

Às minhas irmãs, Roberta e Renata, por sempre estarem ao meu lado independente do que aconteça.

À Ana Carolina pelo amor, amizade, força, apoio, respeito e felicidade.

Aos irmãos que a vida me deu, André, João, Felipe, Walter e Eduardo.

RESUMO

O presente trabalho tem a intenção de se debruçar sobre a recente alteração do Código de Processo Penal (“CPP”) promovida pela Lei n.º 13.964/2019, notoriamente conhecida como “Pacote Anticrime”, que introduziu o instituto do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. Em um primeiro momento, procura-se a analisar o consensualismo nos diferentes sistemas jurídicos de “*common law*” e “*civil law*”, além de mecanismos de negociação criminal nos Estados Unidos da América e na Alemanha. Passa-se, então, a análise do sistema processual brasileiro e da justiça penal negociada no Brasil, bem como dos instrumentos consensuais já existentes, quais sejam, a composição civil dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada. No terceiro capítulo, o acordo de não persecução penal é esmiuçado, sendo discorrido acerca de seu conceito, natureza jurídica, fundamento legal, requisitos, hipóteses vedatórias, condições a serem ajustadas, recusa ministerial para a propositura, o papel do juiz, a homologação, a execução, os efeitos do descumprimento e do integral cumprimento das condições convencionadas, além de questões pertinentes como a discussão sobre o referido negócio jurídico ser direito subjetivo do investigado ou ato discricionário do membro do *parquet* e a possibilidade do acordo em ações penais já iniciadas antes da vigência do art. 28-A do CPP. O escopo do trabalho é abordar as principais características do direito penal consensual, evidenciando os pontos negativos e positivos em se utilizar os mecanismos de negociação na justiça criminal brasileira.

Palavras-chave: direito processo penal. justiça criminal consensual. plea bargain. absprachen. mecanismos consensuais. acordo de não persecução penal.

ABSTRACT

The present study intends to approach the recent changes in the Criminal Procedure Code ("CPP") brought by Law no. 13.964/2019, notoriously known as the "Anti-crime Package", which introduces the non-prosecution agreement in the Brazilian legal system. At first, this study analyzes consensualism in the different legal systems, like common law and civil law, as well as the criminal negotiation mechanisms in the United States of America and Germany. Then, the Brazilian procedural system and the negotiated criminal justice in Brazil are analyzed, in addition to the consensual instruments that already exist, which are the civil composition of damages, the criminal transaction, the conditional suspension of the criminal procedure and the award-winning collaboration. In the third chapter, the non-prosecution agreement is detailed, being dissertated about its concept, legal nature and basis, requirements, prohibitive hypotheses, conditions to be adjusted, ministerial refusal for the proposal, the judge's role, the decision that ratify the agreement, the enforcement, the effects of the non-accomplishment and of the full accomplishment of the agreed conditions, besides pertinent questions such as the discussion about the transaction being a subjective right of the investigated or a discretionary act of the prosecutor and the possibility of the agreement in criminal actions already started before the effectiveness of the article 28-A of the CPP. The scope of this study is to approach the main characteristics of consensual criminal law, highlighting the negative and positive points in using the mechanisms of negotiations in Brazilian criminal justice.

Keywords: criminal procedure law. consensual criminal justice. plea bargain. absprachen. consensual mechanisms. non prosecution agreement.

SUMÁRIO

Introdução	9
1. Justiça criminal consensual	15
1.1 Sistemas processuais penais e o consensualismo nas justiças criminais estrangeiras	17
1.1.1 Sistema adversarial norte-americano e o “ <i>plea bargain</i> ”	18
1.1.2 Sistema inquisitorial alemão e o “ <i>absprache</i> ”	24
2. Justiça criminal consensual no Brasil	28
2.1 Sistema processual penal brasileiro	28
2.2 O consensualismo e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública	33
2.3 Princípios que corroboram a estruturação do consenso na esfera criminal brasileira	35
2.3.1 Princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual	35
2.3.2 Princípio da lealdade processual	36
2.3.3 Princípio da presunção de inocência	37
2.4 Mecanismos consensuais na justiça criminal brasileira	38
2.4.1 Composição dos danos civis	39
2.4.2 Transação penal	40
2.4.3 Suspensão condicional do processo	41
2.4.4 Colaboração premiada	43
3. O acordo de não persecução penal	46
3.1 Fundamento legal	46
3.2 Conceito	50
3.3 Natureza jurídica	50
3.4 Requisitos para a proposta	51
3.4.1 Índícios suficientes de autoria e materialidade	51
3.4.2 Confissão formal e circunstanciada	52
3.4.3 Crime praticado sem violência ou grave ameaça	54
3.4.4 Pena mínima inferior a quatro anos	54
3.4.5 Necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime	55
3.5 Hipóteses vedatórias (requisitos negativos)	56
3.5.1 Quanto ao autor do fato:	56
3.5.1.1 Reincidência, conduta criminosa habitual, profissional ou reiterada	56
3.5.1.2 Ter sido o autor do fato beneficiado com acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, nos últimos cinco anos	58
3.5.2 Quanto ao fato criminoso:	58
3.5.2.1 Infrações penais que possam ser agraciadas com a transação penal	58

3.5.2.2 Crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino	58
3.6 Condições a serem ajustadas	59
3.6.1 Reparação do dano ou restituir a coisa à vítima	60
3.6.2 Renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime	61
3.6.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas	61
3.6.4 Prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social	62
3.6.5 Cumprimento de outra condição indicada pelo Ministério Público	63
3.7 Recusa ministerial	63
3.8 O juiz e o ANPP	64
3.8.1 Homologação e recusa do juízo	64
3.8.2 Juízo das execuções penais	66
3.8.3 Descumprimento do acordo	67
3.9 Efeitos do cumprimento integral do acordo	68
3.10 Questões pertinentes perante a jurisprudência:	68
3.10.1 O ANPP é direito subjetivo do investigado ou ato discricionário do órgão do Ministério Público?	68
3.10.2 O acordo de não persecução penal e as ações já iniciadas	70
4. Considerações finais	72
Bibliografia	74

Introdução

A partir da década de 1960, a sociedade brasileira inicia um processo de redefinição drástico. O desenfreado crescimento populacional¹, a urbanização desregrada² e o aumento da desigualdade social³ contribuíram para o aumento da criminalidade e revelaram um sistema da Justiça Criminal em crise.

Nas décadas subsequentes foram promovidas diversas tentativas de modernização da legislação penal, dentre elas destacaram-se o anteprojeto do Código de Processo Penal de 1963⁴, o anteprojeto de José Frederico Marques apresentado em 1970⁵ e o Projeto de Reforma de 1983⁶ que não prosperaram e postergaram ainda mais a atualização do ordenamento.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se procedeu o início efetivo da redefinição do sistema de Justiça brasileira.

¹ O Brasil possuía, em 1940, 41.236.315 habitantes; em 1950, 51.944.397; em 1960, 70.191.370; em 1970, 93.139.037; em 1980, 119.002.706; em 1991, 146.825.475; em 1996, 157.070.163; e, em 2000 169.799.170. (IBGE, Centro de Documentação e Disseminação de Informações. Brasil: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro, 2007. p. 221.)

² *“Ainda rural em 1960, duas décadas mais tarde tornara-se o Brasil um país de população predominantemente urbana. Esse percentual, que era de 31,2 %, em 1940, passou a 67,6 % em 1980, com sensível aumento da velocidade da mudança na década de 1960-1970, quando se deu a efetiva inclusão do País na faixa das nações urbanas (SANTOS, 1986). Tal processo influenciou as condições ambientais e sociais das cidades, dado seu impacto na infra-estrutura de serviços públicos e nas condições de moradia.”* (BRASIL, IBGE. Estatísticas do Século XX. Rio de Janeiro, 2006.)

³ *“[...] o Brasil tem sido conhecido como um dos países que tem a maior desigualdade de renda do continente latino-americano e do mundo (Gasparini, 2003). Após sua íngreme ascensão nos anos 1960, a desigualdade brasileira tem sido persistentemente alta, mas permaneceu estável entre 1970 e 2000 (Langoni, 2005; Hoffman, 1989; Bonelli e Sedlacek, 1989; Barros e Mendonça, 1992; Ramos, 1993; Barros et al., 2000)”* (BARROS, Ricardo Paes de; FOGUEL, Miguel Nathan; ULYSSEA, Gabriel (org.). Desigualdade de renda no Brasil: uma análise da queda recente. Brasília: IPEA, 2006. p. 129.

⁴ No Governo do Presidente Jânio Quadros, através do Decreto n.º 51.005, de 20 de julho de 1961 e do Decreto n.º 1.490, de 8 de novembro de 1962, foi instituído o Serviço de Reformas de Códigos a fim de que fossem apresentados projetos de reforma do Código de Navegação, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Lei de Contravenções Penais e entre outros dispositivos, o Código de Processo Penal. A alteração da legislação processual penal foi incumbida ao Ministro Nelson Hungria, o qual solicitou a elaboração do anteprojeto à Helio Tornaghi. Apresentado e publicado em 1963, o anteprojeto de reforma não prosperou por conta da renúncia do Presidente Jânio Quadros no mesmo ano e do afastamento do Presidente João Goulart, em 1964.

⁵ Por meio do Decreto n.º 61.239, de 25 de agosto de 1967, foi constituída a Comissão de Coordenação e Revisão dos Códigos para que fossem concluídos os trabalhos de elaboração legislativa iniciados em 1961. Para a subcomissão responsável pelo Código de Processo Penal, o Ministro da Justiça Alfredo Buzaid nomeou José Frederico Marques, Benjamin Moraes Filho, José Carlos Moreira Alves e José Salgado Martins que elaboraram o anteprojeto publicado no Diário Oficial da União, em 29 de junho de 1970. No entanto, o anteprojeto foi novamente revisto e somente em 1975 foi encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional (PL 633/1975), sendo retirado pelo próprio Presidente Ernesto Geisel, em 1978.

⁶ No Governo do Presidente João Figueiredo os trabalhos de reforma do Código de Processo Penal foram reestabelecidos e um novo anteprojeto pautado no PL 633/1975, cuja edição final foi elaborada por Rogério Lauria Tucci e Francisco de Assis Toledo e publicado pela Imprensa Nacional em 1981 (DOU, Suplemento ao n.º 97, de 27 de maio de 1981), foi encaminhado ao Congresso Nacional somente em 1983 (PL 1655/1983). Entretanto, a referida tentativa de alteração do CPP somente foi capaz de modificar a exposição de motivos do vetusto Código de 1941, sendo retirado do Congresso Nacional pelo Poder Executivo em 1989.

A instituição da República Federativa do Brasil como um Estado Constitucional Democrático ou Estado Democrático de Direito, sustentado pelo princípio da soberania popular e pela ideia central de uma democracia não só formal, mas substancial, impõe a necessidade da efetividade dos direitos fundamentais, assegurando-se, assim, o exercício e a ampla tutela dos direitos e garantias sociais e individuais.

A Carta Magna de 1988, além de consagrar os direitos fundamentais de primeira e segunda geração, direitos civis e políticos (liberdades negativas) e econômicos sociais (liberdades positivas), respectivamente, também o faz em relação aos de terceira geração, os chamados direitos da coletividade, que floresceram a partir da segunda metade do século passado, dando margem a expansão do Direito rumo à tutela de direitos metaindividuais.

A previsão de normas principiológicas, de fundamentos de outros ramos do Direito além da matéria clássica abordada pelo Direito Constitucional, implica necessariamente a realização da “filtragem constitucional”, isto é, deve-se interpretar a legislação infraconstitucional à luz da Constituição a fim de que se extraia a norma.

Dessa forma, o modelo constitucional adotado impacta não só na legislação infraconstitucional, mas na doutrina e na jurisprudência, influenciando no sistema de Justiça.

A fim de assegurar o exercício dos direitos fundamentais, o constituinte originário conferiu ao legislador ordinário a capacidade de execução em termos de regulamentação dos interesses constitucionais ao inserir ao longo da Carta Magna diversos mandados de criminalização⁷ e de normas de eficácia contida e limitada, as quais dependem da elaboração de legislação infraconstitucional para sua plena aplicabilidade.

Para o cumprimento desse comando constitucional, o legislador ordinário inicia então o processo de aprovação de diversas leis extravagantes e, por consequência, “o ordenamento jurídico vai sendo substituído por uma legislação “descodificada”, que rompe com as noções de unidade formal do ordenamento e aponta na direção de múltiplos sistemas normativos.”⁸ (CAMPILONGO, 2010, p. 39)

Esse processo de hiperinflação ou hipertrofia legislativa, como define Campilongo:

“[...] ilustra bem um processo de mudança quantitativa na produção da lei. Caracteriza-se pela plethora de leis, decretos e regulamentos e pela expansão da atividade legiferante tanto do Legislativo quanto da administração. Tudo

⁷ “Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.” (PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 174)

⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. 2ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2010. p. 39. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502140417/>>. Acesso em: 27 Out 2020

isso num contexto de tridimensionalidade do circuito político, em que principalmente o público atua como elemento de feedback e constante aumento da complexidade do sistema. De outra parte, a regulação legislativa avança sobre os mais variados aspectos da vida social, passando a “juridificar” esferas de convivência que antes não entravam no rol dos temas de relevância jurídica. E tudo isso num ritmo de variação e de instabilidade que provoca modificações também qualitativas na legislação.”⁹ (2010, p. 91)

Diante dessas disposições constitucionais, deve ser observado que a Constituição Cidadã foi promulgada em um contexto de transformação da sociedade moderna que ficou conhecido como a “pós-modernidade”, que corresponde, segundo os sociólogos Carlo Bordoni (2016, p. 68): “[...] ao curto período histórico entre os anos 1970 e o final do século XX, período assoberbante e caótico, em que todos os valores e certezas anteriores, os da modernidade, foram questionados”¹⁰; e Zygmunt Bauman (2016, p. 77): ao “momento de aprender quais das promessas da modernidade eram fraudulentas ou ingênuas pretensões, quais de suas ambições eram manifestações de arrogância condenável e quais de suas intenções latentes foram encobertas por objetivos tão somente proclamados.”¹¹

De acordo com a obra “*Risikogesellschaft*” (*Sociedade de risco*) do sociólogo Ulrich Beck (1986), o século XX foi marcado por catástrofes históricas, como, por exemplo, as guerras mundiais e o acidente nuclear de Chernobyl, pela atribuição de culpa por toda violência e sofrimento à determinados grupos (judeus, comunistas, etc.) e pelo desenfreado crescimento industrial e populacional, que diminuíram a qualidade de vida e colocaram em dúvida o modelo econômico vigente.

Diante desse quadro, da globalização e da entrada da sociedade em seu estágio mais desenvolvido, a sociedade moderna percebeu o perigo, os riscos constantes a que estava exposta e iniciou um processo de questionamento do seu comportamento em relação às políticas públicas do governo, aos seus valores, ao avanço industrial e tecnológico que geraram ameaças globais, que degradaram o meio ambiente e que malograram a própria humanidade e seu bem estar.

Segundo Beck, a sociedade moderna estava fadada também ao destino do perigo, do risco, que “ao contrário [do destino] das propriedades ou classes, este destino também não é

⁹ Ibidem. p. 91.

¹⁰ BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. Estado de crise. Traduzido do inglês por Renato Aguiar. Zahar: Rio de janeiro, 2016. p. 68.

¹¹ ibidem. p. 77.

encontrado sob o signo da miséria, mas sob o signo do medo, e não é propriamente uma “reliquia tradicional”, mas um produto da modernidade [...]”¹² (1998, p. 12, tradução livre).

A sociedade moderna nesse estágio é caracterizada pela autocrítica, no qual seu ponto de referência e pressupostos tem a ver com os riscos. Ao questionar suas tradições, valores são destruídos e os riscos se apropriam das certezas destituídas. Como consequência disso, ameaças futuras passam a ser as norteadoras de um sistema normativo preventivo.

No Brasil da década de 1980, o exemplo mais gritante do reflexo normativo desse modelo sociológico é o da legislação ambiental. Através da Lei n.º 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, é criado dentre outros órgãos de proteção, o CONAMA, ao qual é inicialmente atribuída a competência pela realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, o qual por meio da Resolução n.º 01/86, impõe a obrigatoriedade do estudo de impacto ambiental.

Ainda no que tange ao meio ambiente, o legislador constituinte, a fim de suprimir os riscos, inseriu o estudo prévio de impacto ambiental no art. 225, §1º, inc. IV, da CF/88, bem como possibilitou a extração de princípios fundamentais de Direito Ambiental implícitos no texto constitucional, como os princípios da prevenção e da precaução¹³.

A influência do risco e da evolução da pauta processual acerca do acesso à justiça propiciaram ao constituinte a consolidação dos direitos de natureza metaindividuais ao longo da Constituição Federal, tais como o meio ambiente, a defesa do consumidor, da família, da criança, do adolescente, do idoso, entre outros, incumbindo a defesa desses interesses ao Ministério Público, conforme disposto no art. 129, inc. III, do Texto Maior.¹⁴

O *status* constitucional dado aos interesses metaindividuais repercute na esfera criminal dando forma a novos bens jurídicos que se coadunam com o modelo penal constitucional garantista por ela proposto. Nesse diapasão, destaca Campana:

“A dignificação constitucional dos bens jurídicos supraindividuais, uma das características mais marcantes da concepção do Estado Social e Democrático de Direito, abre as portas para a legitimidade da sua tutela penal, oferecendo o dualismo o alicerce doutrinário para a exata compreensão de um Direito

¹² BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade. Traduzido do alemão para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Mª Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998. p.68.

“Al contrario que los estamentos o las clases, este destino tampoco se encuentra bajo el signo de la miseria, sino bajo el signo del miedo, y no es precisamente una «reliquia tradicional», sino un producto de la modernidad [...]”

¹³ “O princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, enquanto, em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 62.)

¹⁴ CF, “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

Penal também centrado na dignidade da pessoa humana em sua dimensão intersubjetiva.”¹⁵ (2011, p. 139)

É necessário o registro feito por Luiz Regis Prado no sentido de que:

“O perfil assumido pela sociedade atual, em que o risco é visto como algo que lhe é imanente, como verdadeiro consectário do progresso, engendra por sua vez a necessidade da intervenção normativa penal com o desiderato de enfrentar, na proteção de bens jurídicos, essas novas e complexas situações de perigo. [...]”¹⁶ (2018, p. 118)

Alexandre Rocha Almeida de Moraes observa que: “com a Carta Magna, novos sujeitos passivos e novos gestores da moral tiveram suas bandeiras institucionalizadas, sobretudo através da proteção de bens difusos que representam inúmeros mandados de criminalização que, por sua vez, geraram leis penais extravagantes [...]”¹⁷ (2015, p. 22)

Esse processo de hiperinflação legislativa, sob a égide da (neo)criminalização de bens jurídicos abstratos, elaborado sob os efeitos da expansão do direito penal, isto é, de um direito penal simbólico e punitivista¹⁸, os quais implicam no desenfreado crescimento do número de ações penais e, conseqüentemente, no congestionamento das varas criminais de todo o país e na maximização ou massificação do encarceramento¹⁹, agravaram ainda mais a situação caótica de um sistema de Justiça Criminal que há muito se encontra em crise.

¹⁵ CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. A fundamentação constitucional da tutela penal na ordem econômica. 237 p. Dissertação de Mestrado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 139

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.118

¹⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SANTORO, Luciano de Freitas (coord.); GRECO, Alessandra Orcesi Pedro (org.). Direito penal avançado: homenagem ao professor Dirceu de Mello. Curitiba: Juruá, 2015. p. 22.

¹⁸ No mesmo sentido dos fenômenos da expansão do direito penal tratados por Manuel Cancio Meliá e Günther Jakobs no capítulo III, item “2. *Sobre o estado atual da política criminal. Diagnóstico: a expansão do Direito Penal*” (p. 75-88), da obra “Direito Penal do Inimigo: noções e críticas” (org. e tradução por André Luiz Callegari e Nereu José Giacomelli. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018).

¹⁹ “Os números da 15ª edição do Relatório Justiça em Números, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), revelam que, após queda em 2017, o acervo da Justiça Criminal voltou a crescer, com aumento de 0,7% em relação ao ano anterior, perante um ingresso de 2,7 milhões de casos novos. No total, somando os processos pendentes e baixados, 9,1 milhões de ações tramitaram nesta esfera em 2018, excluídas as execuções penais.”

“Na fase de conhecimento de 1º grau, o tempo do processo criminal é maior que o do não-criminal em todos os ramos de Justiça. Os dados estão alinhados com a taxa de congestionamento criminal (73,3%), que supera a não-criminal (59,2%) nessa instância.”

(trechos extraídos de notícia publicada em 28 de agosto de 2019, no site do CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/processos-criminais-91-milhoes-tramitaram-na-justica-em-2018/>>)

Segundo os dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 2018 o Brasil possuía um total de 725.332 presos, dos quais: 242.133 cumpriam pena provisoriamente; 326.911 estavam em regime fechado; 126.060 estavam em regime semiaberto; 27.206 estavam em regime aberto; 589 em tratamento ambulatorial e 2.433 cumpriam medida de segurança.

(Disponível em:

<[13](https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoimThjOWU0YzUtMjFmNS00Y2U2LTlhMzgtZDEzNWY4MGU5YmNhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>”)</p></div><div data-bbox=)

Nesse contexto, foi aprovado no Congresso Nacional, em 24 de dezembro de 2019, o Projeto de Lei n.º 6.341/2019, notoriamente conhecido como “Pacote Anticrime”, que teve o intuito tornar mais severo o tratamento dispensado aos crimes graves e violentos, além de propor aos crimes leves e não violentos celeridade e evitar o encarceramento.

A criação do referido diploma legal, registrado sob o n.º 13.964/2019, e sua entrada em vigor aos 23 de janeiro de 2020, modificaram a legislação penal, processual penal e extravagante, abrandando, ainda que, por breve período, a inquietação popular pela formulação de leis que transmitam a eficiência desejada.

Dentre as inúmeras alterações como, por exemplo, a criação do “juiz das garantias” (CPP, arts. 3º-A a 3º-F), a positivação da audiência de custódia (CPP, art. 310), a inclusão de um novo regramento para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 311 a 316) e da possibilidade de execução provisória no caso de condenação pelo Júri a uma pena igual ou superior a quinze anos de reclusão (CPP, art. 492, inc. I, “e”), destaca-se o advento de um mecanismo extraprocessual, o acordo de não persecução penal (“ANPP”).

Por mais que não se trate de um instrumento desconhecido pelo aplicador do Direito, sua regulamentação anterior em ato normativo, qual seja, o art. 18 da Resolução n.º 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, não possuía força de Lei e, portanto, não vinculava o Poder Judiciário, sendo sua aplicação pouco relevante, o que será tratado mais à frente.

A introdução do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal é de suma relevância, pois aquilata a discussão quanto à sua ilegalidade e torna-o um instrumento hábil e eficaz para a Justiça Criminal, porquanto, apresenta-se como meio extraprocessual e célere para a solução de crimes menos graves, possibilitando que o processo penal se debruce sobre os casos mais graves.

A inserção do “ANPP” no ordenamento jurídico inaugura na esfera do Juízo Criminal Comum, um conhecido do Juizado Especial Criminal (“JECrim”), a Justiça Consensual.

Exatamente pelo fato de propiciar às partes do processo penal a resolução da lide e restringir a atuação dos magistrados em uma grande quantidade de casos, o acordo de não persecução penal deve ser analisado com cautela e aprofundado, vez que transfere, à grosso modo, a titularidade direito de punir do Judiciário a outro órgão estatal.

1. Justiça criminal consensual

O contexto de “pós modernidade”, explanado na introdução, propicia um verdadeiro desafio ao direito penal convencional, obrigando o Estado a recorrer a alternativas jurídicas capazes de lidar com os grandes e novos problemas sociais que são colocados sob a sua tutela.

No âmbito do direito processual penal, a partir das últimas décadas do século passado, é possível verificar a introdução de instrumentos de negociação em países de regimes jurídicos de “civil law”, difundidos até então em regimes de “common law”, nos quais o consensualismo revelou-se um modelo eficaz para a tutela penal.

Isso porque, países de “civil law” possuem dentre suas características principais o formalismo e a tradição burocrática, o que gera um processo lento, em completa dissonância com o esperado por uma sociedade ‘pós moderna’ globalizada, em que o imediatismo social impera e exige dos Estados uma resposta penal que se mostre efetiva, célere e adequada para a crescente criminalidade.

Propostas para solução da crise desses sistemas de justiça criminal, como o endurecimento da lei penal, descriminalização, diversão ou diversificação da forma de resolução de conflitos processuais e a participação do ofendido na resolução do caso foram implementadas e apenas atenuaram essa grave situação.

Diante da ineficácia das políticas criminais desenvolvidas pelos Estados neoliberais, países de “civil law”, influenciados pela experiência estadunidense, buscaram no consenso a opção de um modelo de processo voltado para desburocratização de seus procedimentos penais.

Sob a perspectiva de que “*o negócio penal processual penal pode ser conceituado, de forma ampla, como um acordo entre acusação e defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito*”²⁰(2016, p. 384), deve-se levar em consideração que a resolução célere por meio da negociação penal gera necessariamente uma ruptura do sistema tradicional de justiça criminal, no qual exige-se uma série de formalidades sob vagarosos prazos.

Segundo esclarece Rafael Serra Oliveira, um modelo processual penal consensual prima pela desburocratização do sistema, eis que as amarras de um processo puramente litigioso regido por um rito que deve ser seguido à risca são desvencilhadas na medida em que se permite às partes liberdade para acordarem uma solução. Veja-se:

²⁰ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. Revista de Direito Internacional. Brasília, v. 13, n.1, p. 376-394, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4183/pdf>> Acesso em: 23 nov 2020.

“A estruturação de um modelo processual penal de consenso tem como finalidade primeira a desburocratização do sistema penal por meio da profunda modificação na maneira dos sujeitos processuais se relacionarem. No entanto, a construção desse modelo pode se dar sobre diversas bases, como, por exemplo, a liberdade total para as partes definirem as penas a serem aplicadas ao caso concreto, a participação da vítima em todos os casos ou apenas naqueles em que não haja maior interesse do Estado, entre outras.”²¹ (2015, p. 89)

A introdução de um modelo de processual penal em que há total ou até parcial liberdade para que as partes transijam quanto ao fato penalmente relevante geram efeitos positivos quanto à crise do sistema de justiça, porquanto é possível verificar uma redução substancial da quantidade de casos sobre os quais os juízos criminais devem se debruçar, descongestionando-os.

Nesse ponto, deve ser observado que a eficiência e a celeridade processual não devem sobrepujar as garantias do suposto autor do delito, primando-se pela manutenção da sua autonomia quanto à opção ao exercício de seu direito à defesa, à sua submissão ao processo e ao julgamento estatal, o qual não seria possível sem a faculdade ao direito ao silêncio ou sem que fosse presumida sua inocência.

Isso implica afirmar que a negociação criminal não deve ser regida apenas pela busca da imposição célere da pena, que transmite eficiência almejada pelo Estado, mas, também, pela preservação dos direitos do acusado e da lei, consubstanciados na horizontal liberdade das partes em realizar concessões²² que igualmente satisfaçam seus interesses.

Isto é, para ver os objetivos de política criminal e da persecução satisfeitos, a acusação abdica à aplicação de uma pena mais gravosa e, por sua vez, a defesa, a fim de evitar um letárgico e estigmatizante processo penal que ao final pode levar a uma condenação mais severa, renuncia ao direito à não autoincriminação. Nesse sentido, Rafael Serra Oliveira observa:

“Nos moldes do processo de consenso, pressupõe-se uma relação horizontal entre os sujeitos processuais, que devem agir sempre vinculados à lei, de modo a evitar que uma das partes imponha os seus interesses às demais, fato este que, se ocorrer, não só desvirtua o conceito de consenso por representar a vontade de uma só parte, como também prejudica a realização da justiça, seja por uma punição exacerbada do ofensor ou pela violação das suas garantias

²¹ OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema penal. São Paulo: Almedina, 2015. p. 89

²² “Nas negociações, são concedidas escolhas que não afrontam a voluntariedade do acusado, seja por haver amparo legal para tanto, seja por haver uma escolha por algo que pode beneficiá-lo. Ainda, porque a questão da voluntariedade não poder ser vista apenas pela representação daquilo que se escolhe a favor ou contra a sua vontade, pois também depende do resultado final a ser concretizado em cada opção.” (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 48.)

fundamentais, seja pela aplicação de uma sanção que não atenda à culpa e às necessidades de prevenção do caso concreto.”²³ (2015, p. 76)

Dessa forma, é a partir dessa concepção de concessões voluntárias horizontais que um modelo criminal consensual deve ser estruturado para que não haja a desvirtuação de seu objetivo como uma forma de justiça.

1.1 Sistemas processuais penais e o consensualismo nas justiças criminais estrangeiras

Para que seja plausível a análise dos mecanismos consensuais brasileiros como a transação penal e o próprio acordo de não persecução penal, entendo necessário discorrer brevemente sobre os diferentes modelos de negociação criminal estrangeiros que influenciaram e propiciaram a estruturação de uma justiça penal negociada no ordenamento jurídico pátrio.

Na sociedade ocidental destacam-se dois diferentes modelos jurídicos gerais:

O regime de “*civil law*”, de tradição germânica-romanística, no qual a principal fonte do direito é o processo legislativo, ou seja, prima-se pela lei, “*que passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, Du Contrat Social*”²⁴ (REALE, 2002, p. 142); e,

O regime de “*common law*”, em sentido amplo²⁵, de tradição anglo-saxã, no qual impera o direito consuetudinário, “*que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais*”²⁶ (BOBBIO, 1995, p. 33.), que se tornam obrigatórias pela vinculação das decisões nos casos sucessivos, ou seja, a jurisprudência e os usos e costumes prevalecem como fonte de direito.

Ao serem confrontados, dentre outras características divergentes, sobressai a diferença quanto aos seus sistemas processuais tanto civil quanto penal. Enquanto no regime de “*civil*

²³ OLIVEIRA, Rafael Serra. *Op. cit.* p. 76.

²⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 142.

²⁵ “No sentido amplo, “*Common law*” quer referir-se ao sistema da família dos direitos que receberam a influência da Inglaterra (onde vicejam os contrastes apontados entre *Common Law v. Equity Law* e *Common Law v. Statute Law*) (...)” (SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de direito comparado (I) – o que é a “*common law*”, em particular, a dos EUA. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 92, p. 163-198, 1997. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>>. Acesso em: 27 nov 2020.)

²⁶ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 33

law” há uma ênfase inquisitorial²⁷ (“*inquisitorial system*”), no regime de “*common law*” há ênfase adversarial (“*adversarial system*”).

Nesse ponto é importante ressaltar que a dualidade de sistemas (inquisitorial/adversarial) concerne à atuação e aos poderes dos sujeitos processuais (partes e juiz) na iniciativa quanto ao processo, na condução deste e na iniciativa probatória. Não há que se confundir com o trinômio acusatório-inquisitório-misto²⁸ recorrentemente apresentado na doutrina brasileira quanto as formas processuais, no qual são observadas as funções de acusar, defender e julgar.

Acerca do “*adversarial system*”, prevalente no sistema processual anglo americano, José Carlos Barbosa Moreira observa que:

“Os expositores do direito inglês e norte-americano soam caracterizá-lo pela primazia reconhecida às partes não só na iniciativa de instaurar o processo e de fixar-lhe o objeto - traço comum à generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais -, senão também na determinação da marcha do feito (e do respectivo ritmo) em suas etapas iniciais, e na colheita das provas em que se há de fundar o julgamento da causa.”²⁹ (1998, p. 87-104)

Dessa forma, ao passo que no sistema adversarial há preponderância das partes na condução do processo, no sistema inquisitorial o juiz é dotado preferencialmente dessa função, sendo necessariamente ativo e não passivo como no sistema adversarial. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “*no chamado “inquisitorial system”, uma vez proposta a ação (princípio da demanda ou, Dispositionmaxime), o processo se desenvolve por impulso oficial e não por disposição das partes (não adotando, na terminologia alemã, o Verhandlungsmaxime)*”³⁰ (1999).

1.1.1 Sistema adversarial norte-americano e o “*plea bargain*”

Considerando que o sistema processual adversarial norte americano apresenta-se como um dos que mais se aproveita do consensualismo para resolução de seus conflitos criminais e que o acordo de não persecução penal tem sido recorrentemente comparado ao “*plea bargain*”, não se pode deixar de analisá-lo, ainda que sucintamente.

²⁷ “O termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao inquisitorial (em inglês), o qual se contrapõe ao adversarial.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. [S. l.], v. 14, n. 15, p. 15–26, jan./jun., 1999.)

²⁸ “Para empregar esse meio e alcançar o fim, o processo adota uma das formas: a inquisitória, a acusatória ou a mista. Obedecem elas ao modo por que as funções de acusar, defender e julgar são distribuídas.” (NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 232)

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. Revista de Processo. São Paulo, v. 23, n. 92, p. 87–104, out./dez., 1998.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op.cit.* 1999.

Com a ratificação da Constituição Americana em 1788, os Estados “em pé de igualdade”³¹ formaram uma União, um governo federal, no qual os assuntos nacionais e locais foram devidamente separados, conservando, assim, os poderes dos Estados.

Essa forma de federalismo, propiciou a organização do Poder Judiciário norte americano, chefiado pela “*Supreme Court*”, em um sistema dualista de cortes (“*dual U.S. court system*”) composto por: cortes estaduais, criadas com base nas constituições de cada Estado e formadas em sua maioria pelas “*Trial Courts*” (“*State Minor Trial Courts*” e “*State Major Trial Courts*”), “*State Intermediate Appellate Courts*” e “*State High Courts of Last Resort*”; e as federais, criadas a partir do Artigo III, Seção 1, da Constituição Americana³², são constituídas pelas “*United States District Courts*” e “*United States Courts of Appeals*”, além das “*Non-Article III Courts*”.

A fim de assegurar o federalismo norte americano e o “*dual U.S. court system*” sob a égide da Constituição, o regime norte americano, tradicionalmente de “*common law*” devido ao processo de colonização do Império britânico, tem como fontes de direito:

“(a) a Constituição Federal (*the Federal Constitution*); depois, (b) as leis federais, tratados e regras dos tribunais (*federal statutes, treaties and court rules*; em seguida, (c) regras das agências administrativas federais (*federal administrative agency rules*); (d) *federal common law* (*federal common law*), que são os casos julgados no âmbito da jurisdição federal (*federal caseslaw*); (e) constituições dos Estados (*state constitutions*); (f) leis estaduais e regras dos tribunais estaduais (*state statutes and court rules*); (g) regras das agências administrativas estaduais (*state administrative agency rules*); (h) *common law* dos Estados, que são os casos julgados no âmbito da jurisdições estaduais (*state common law*).”³³ (BURNHAM, 2006 *apud* ALMEIDA, 2016)

A partir disso, é notável o distanciamento das fontes do direito norte americanas em relação às do regime de *common law* inglês. Em recente voto proferido no recente julgamento do caso “*Gamble v. United States* 587 U.S. 17-646, (2019), o *Justice* Clarence Thomas, da “*U.S. Supreme Court*”, bem observou que:

“As cortes federais buscam por fontes de direito alternativas ao exercer o poder judicial do que faziam as cortes de *common law* da Inglaterra. (...) Em vez disso, as cortes federais interpretam e aplicam três corpos de lei positivada – a constituição; os estatutos federais, regras e regulamentos; e tratados. Isso remove a maior parte da (senão toda) força que as “*stare decisis*” possuíam no sistema de *common law* inglês, no qual precedentes judiciais estavam entre os

³¹ Segundo acórdão de relatoria do *Justice* John Marshall Harlan, no caso “*United States v. Texas*, 143 U.S. 621 (1892)”: “*Those conditions having been accepted, Texas, by a joint resolution of Congress, passed December 29, 1845, was admitted into the union on an equal footing with the original states in all respects whatever*” Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/621/>>. Acesso em 27 nov 2020

³² US Constitution, Article III, Section 1. “O poder judiciário dos Estados Unidos será exercido por uma Corte Suprema e pelos tribunais inferiores que o Congresso periodicamente criar e estabelecer.”.

³³ BURNHAM, William. Introduction to the law and legal system of The United States. United States of America: West, Thompson, 2006. p. 41-42.

únicos documentos que identificavam os costumes ou as regras e máximas governantes.”³⁴ - (tradução livre)

Por mais que a Constituição americana seja concisa, considerando que possui apenas sete artigos, os quais em sua maioria dissertam essencialmente sobre a organização e a relação entre os Poderes, o artigo III, seção 3, cláusula 2³⁵, estipula uma regra de processo penal, qual seja, que o julgamento de todos os crimes seja feito pelo júri, salvo nos casos de impeachment.

Dentre as dez primeiras emendas à Constituição, propostas em 1789, notoriamente conhecidas como “*Bill of Rights*”, as 4^a, 5^a, 6^a e 7^a Emendas constituem uma declaração de direitos das pessoas acusadas e são essenciais para processo penal norte americano.

A quinta emenda³⁶ garante o direito do indivíduo de responder por um crime capital ou infamante, salvo exceções, somente mediante “denúncia ou pronúncia”³⁷ de um “grande júri”³⁸ e, ainda, estipula o direito ao silêncio e ao devido processo legal (“*due process of law*”).

A sexta emenda³⁹ prevê a garantia de um julgamento justo (“*fair trial*”) ao acusado, consubstanciado no direito a um advogado, a um julgamento rápido e público por um júri imparcial no Estado ou Distrito em que o crime foi praticado, além do direito a ser informado acerca do teor da acusação e ao meio testemunhal de prova.

³⁴ Gamble v. United States, 587 U.S. 17-646, (2019) (Thomas, J. Currence). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-646/>>. Acesso em 27 nov 2020.

³⁵ Constituição americana, artigo 3º, seção 3, cláusula 2: “O julgamento de todos os crimes, salvo nos casos de impeachment, será feito pelo júri; e tal julgamento se fará no Estado em que houverem sido cometidos os ditos crimes; se, porém, o crime não houver ocorrido em nenhum Estado, o julgamento será no lugar ou lugares que o Congresso designar.”

³⁶ 5ª Emenda: “Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização.” (tradução livre)

³⁷ “Denúncia ou pronúncia (“*presentment or indictment*”): Uma denúncia é feita por iniciativa do grande júri; uma pronúncia é a resposta às provas perante ele produzidas por um promotor público” (CORWIN, Edward S. A constituição norte-americana e seu significado atual. Trad. Leda Boechat. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986. p. 255)

³⁸ “O “grande júri” de que aqui se fala é o grande júri como era conhecido na common law e, assim, consiste de, pelo menos, doze a não mais de vinte e três pessoas escolhidas da comunidade por um processo prescrito em lei. Uma vez constituído tem largos poderes de investigação, mas suas denúncias ou pronúncias devem ter o apoio de, pelo menos, doze membros.” (idem.)

³⁹ 6ª Emenda: “Em todos os processos criminais o acusado terá o direito a julgamento rápido e público, por um júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e a causa da acusação; a ser acareado com testemunhas que lhes são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas de defesa e a ser assistido por um advogado.” (tradução livre)

Posteriormente, a décima quarta emenda⁴⁰, proposta logo após o fim da guerra civil americana e ratificada em 1868, propicia o resguardo dos privilégios e imunidades de todos aqueles que estão sujeitos à jurisdição nacional e estadual e, ainda, restringe ao “*due process of law*” a liberdade dos Estados de remodelar suas práticas processuais⁴¹.

Imprescindível observar que o desenvolvimento do processo norte americano é norteado pelo sistema adversarial, cuja essência se encontra na participação das partes nas fases do processo e por sua contribuição na decisão tomada.

No que concerne ao sistema adversarial no processo norte americano, no julgamento do caso “*Mc Neil v. Wisconsin, 501 (1991) 171*”, o Justice Antonin Scalia, esclareceu que:

“O que torna um sistema adversarial, ao contrário do inquisitorial, não é a presença de um advogado, muito menos a presença de um advogado quando o réu não o solicitou, mas sim a presença de um juiz que não (como um inquisidor) conduza ele mesmo o fato e a investigação, mas que decida sobre as bases de fato e argumentos pró e contra aduzidos pelas partes.”⁴² (1991, p. 181, nota 2., tradução livre)

Dessa forma, considerando que o processo penal norte americano se desenvolve por disposição das partes e não por impulso oficial, torna-se propícia a “negociação da sentença”, ou seja, a existência do consensualismo.

Em linhas gerais, o processo penal norte americano pode ser fracionado nas seguintes etapas: “*First*” ou “*Initial Appearance*”⁴³; “*Preliminary Hearing*”⁴⁴; “*Grand Jury Review*”⁴⁵;

⁴⁰ 14ª Emenda, Seção 1: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e dos Estados em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.” (tradução livre)

⁴¹ “O julgamento pelo júri em um caso de common law pendentes nas cortes estaduais não é um privilégio ou imunidade de cidadania nacional que os Estados estão proibidos de abreviar pela décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos.” (tradução livre) - trecho extraído do julgamento do caso Walker v. Sauvinet, 92 U.S. 90 (1875).

⁴² McNeil v. Wisconsin, 501 U.S. 171 (1991). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/171/>>. Acesso em: 24 nov 2020.

⁴³ A “*First or Initial Appearance*” corresponde no sistema processual brasileiro a audiência de custódia. O indivíduo, a depender da legislação estadual, dentro de um prazo de 24 a 72 horas após a sua prisão deve ser submetido a um magistrado, que o advertirá de seus direitos e garantias e, se for o caso, fixará fiança. Tratando-se de “*felonies*” (similar à classificação brasileira de crimes) e não de “*misdemeanor*” (o similar às contravenções e infrações de menor potencial ofensivo no Brasil) é designada a “*preliminary hearing*”.

⁴⁴ Na “*preliminary hearing*” o magistrado, mediante a apresentação de provas, facultado o contraditório, avalia se há indícios suficientes de autoria e materialidade para verificar admissibilidade da acusação, na qual poderá definir o caso como um “*probable cause*”, prosseguindo-se assim à julgamento pelo júri.

⁴⁵ O “*Grand Jury Review*” é a etapa em que o conselho de jurados, assim como o magistrado na “*preliminary hearing*”, verifica a admissibilidade da acusação em sessão realizada entre o Ministério Público e os jurados, os quais, por votação pela maioria, definem o caso como uma “*probable cause*” e é procedido o “*formal indictment*”.

“Arraignment” ou “Indictment”⁴⁶; “Discovery”⁴⁷; “Pretrial Motions”⁴⁸; “Plea” e “Plea Agreement”; e “Jury Trial”⁴⁹

Dentre as mencionadas fases do processo norte americano, na etapa do “Arraignment” ou “Indicment”, após a apresentação formal da acusação ao juízo e da sua leitura na presença do acusado, lhe é questionado se declara culpa (“*guilty plea*”), inocência, ou ainda, quando cabível, se aceita a acusação, sem admissão de culpa (“*nolo contendere*”)⁵⁰.

É exatamente nesse momento do processo que é iniciada uma fase de negociação, de barganha, entre as partes que se desenvolve de forma concomitante ao longo das fases subsequentes. No mesmo sentido, Rodrigo Brandalise (2016, p. 68) comenta que: “*Admite-se a negociação a partir do momento da formalização da acusação, com o reconhecimento de que ela pode ocorrer, inclusive, durante a execução da sentença condenatório prolatada;*”⁵¹

Cumprir observar que o “*plea bargain*” ou barganha pode ser definido como o acordo celebrado entre a defesa ou acusado e a acusação, no qual o acusado concorda em se declarar culpado (“*guilty plea*”) ou em declarar que não contesta as acusações (“*nolo contendere*”) em troca da acusação retirar uma ou mais acusações, desclassificar o crime (“*charge bargaining*”)

⁴⁶ O “Arraignment” ou “Indictment” é a apresentação formal da acusação, na qual se procede sua leitura na presença do acusado, indagando-o ao final se é culpado, inocente ou se declara “*nolo contendere*” (declaração de aceitação do julgamento, mas não de culpa).

⁴⁷ A “Discovery” é a fase na qual a acusação e a defesa realizam uma espécie de “troca de informações” acerca do caso, na qual são apresentados documentos, objetos, exames, testemunhos etc. Essa etapa é essencial para o “*due process of law*”, tendo a defesa ciência e preparo para enfrentar o julgamento, afim de assegurar o equilíbrio entre as partes, a “paridade de armas”, considerando que o processo penal americano pauta-se no sistema adversarial.

⁴⁸ A “Pretrial Motions” é a etapa destinada à defesa para sanar certos vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade, dispensar ou suprimir parte do conjunto probatório, de mandados, de afastar determinadas acusações e até para arquivar o caso. Após essa fase de preparações, se o caso prosseguir ou se sustentar procede-se o julgamento pelo júri (“Jury Trial”).

⁴⁹ Antes de que seja iniciado o julgamento pelo júri, é facultado ao acusado optar pelo “*bench trial*” (julgamento por juiz singular), desde que devidamente fundada a renúncia do julgamento popular, considerando, por exemplo, a exposição midiática negativa do caso até essa fase, o que pode ter comprometido a parcialidade dos jurados.

No “Jury Trial”, após a formação do conselho dos jurados é procedida as alegações iniciais pela acusação, na qual expõe o que pretende provar. Em seguida, a palavra é passada à defesa.

Após, a acusação, incumbida do ônus probatório, inicia a apresentação das provas e da inquirição de testemunhas.

Encerrada a apresentação, a defesa poderá realizar a “*Motion for acquittal*”, isto é, um pedido de julgamento de absolvição ao juiz, o qual se negado, leva a defesa a exposição de suas provas ao júri ou juiz singular, no caso do “*bench trial*”, bem como a (contra)inquirição de testemunhas, facultando, ainda, ao acusado a possibilidade constitucional de ser inquirido/depór ou não.

Em seguida, são iniciados os “*Closing Arguments*” pela acusação, que expõe seus argumentos e tenta convencer os jurados. Após, a defesa rebate os argumentos apresentados.

Após serem devidamente instruídos, os jurados se retiram e deliberam o veredicto, o qual para a condenação deve ser unânime. Por fim, é proferida uma sentença e exposta a pena aplicável.

⁵⁰ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 (a) (1): “In General. A defendant may plead not guilty, guilty, or (with the court's consent) nolo contendere.”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11> Acesso em 21 jan. 2021.

⁵¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *op. cit.* 2016. p. 68.

e/ou recomendar ao juiz uma sentença mais branda e aceitável pela defesa (“*sentencing bargaining*”).

A principal distinção entre o “*guilty plea*” e o “*nolo contendere*” se dá nos efeitos de cada declaração. Enquanto no primeiro o acusado confessa e, portanto, admite a culpa e se responsabiliza pelo crime, possibilita a persecução e a produção de efeitos na justiça cível, enquanto, no segundo não há qualquer admissão de culpa, isto é, não há autoincriminação, o acusado somente declara que não contestará a acusação, não produzindo efeitos extrapenais.

Conforme previsto na Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 (b), o réu deve ser avisado e questionado pessoalmente, sob juramento, antes da aceitação pela corte do “*guilty plea*” e/ou do “*nolo contendere*”, se entende os seus direitos, deveres e as consequências procedimentais do acordo⁵², além de assegurar a voluntariedade do réu⁵³ e se há base de fato para o “*guilty plea*”⁵⁴.

Em geral o acordo deve ser negociado e celebrado entre a acusação e o advogado de defesa, ou o réu que se defender, sem que haja qualquer participação da corte.

Verifica-se a partir disso, que o modelo negocial de sentença norte americano, que teve seu desenvolvimento facilitado pelo sistema processual adotado, possibilita a resolução e a

⁵² Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 (b) (1) “(A) o direito do governo na persecução por perjúrio ou falsa declaração dada sob juramento;
(B) o direito de alegar inocência, ou já tendo sido alegada, de persistir na alegação;
(C) o direito a ser julgado pelo júri;
(D) o direito de ser representado por um advogado – e se necessário ter um defensor nomeado pela corte – no julgamento e em todas as outras fases do procedimento;
(E) o direito de um julgamento conforme o contrainterrogatório de testemunhas arroladas pela parte diversa, para a proteção contra a autoincriminação, o testemunhar e apresentar de evidencia e a obrigar a oitiva de testemunhas;
(F) a renúncia do réu às regras do julgamento se a corte aceitar o “*guilty plea*” ou o “*nolo contendere*”;
(G) a natureza de cada acusação para a qual o acusado está fazendo seu apelo;
(H) qualquer pena máxima possível, incluindo encarceramento, multa e o termo de soltura supervisionada;
(J) qualquer penalidade mínima obrigatória;
(I) qualquer confisco aplicável;
(K) a autoridade da corte para ordem de restituição; a obrigação da corte em impor uma quantia especial a uma multa; na determinação de uma sentença, a obrigação do tribunal de calcular o intervalo
(M) ao determinar uma sentença, a obrigação do tribunal de calcular o intervalo de sentença aplicável e de considerar esse intervalo, possíveis desvios ao abrigo das Diretrizes de Sentença, e outros fatores de sentença sob 18 U.S.C. §3553(a);
(N) Os termos de qualquer acordo enseja a renúncia do direito de apelar ou atacar colateralmente a sentença;
e
(O) Que, se convencido, a defesa de quem não é um cidadão norte americano pode ser removido dos Estados Unidos, negada a cidadania, e negada a admissão nos Estados Unidos no futuro.” – [tradução livre] - Disponível em < https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11 > Acesso em: 25 jan 2021

⁵³ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 (b) (2). Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11> Acesso em: 25 jan 2021

⁵⁴ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 (b) (3). Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11> Acesso em: 25 jan 2021

imposição de pena de forma célere, ensejando economia processual e financeira ao Poder Judiciário por meio de um acordo de vontades das partes, sem interferência desse.

Para se ter uma noção, de acordo com uma análise de dados coletados pelo Judiciário Federal norte americano⁵⁵ feita pelo Pew Research Center, “*quase 80.000 pessoas eram réus em processos criminais federais no ano fiscal de 2018, mas apenas 2% delas foram a julgamento. A esmagadora maioria (90%) se declarou culpado, enquanto os 8% restantes tiveram seus casos arquivados, [...]*”⁵⁶ – (tradução livre)

Dessa forma, conclui-se que, por mais que a Constituição norte americana e suas emendas prevejam o julgamento de casos criminais pelo júri, a disposição da ação penal ensejada pelo sistema adversarial (livre condução do processo pelas partes e a inércia do juiz), propicia o consensualismo que se apresenta como uma solução mais eficaz e benéfica para as partes e para o Poder Judiciário.

1.1.2 Sistema inquisitorial alemão e o “*absprache*”

Assim como a Itália, Portugal, Espanha e França, a Alemanha faz parte dos países que utilizam o sistema de “*civil law*”, ou seja, como já dito, suas fontes de direito emanam do Legislativo e encontram-se no direito positivado.

Além disso, assim como o Brasil, os referidos países adotam um sistema processual inquisitorial. No caso alemão, resta evidente a autonomia do juiz e de determinadas restrições à liberdade das partes na influência na tomada de decisão. Nesse sentido e acerca do processo penal alemão, Ana Claudia Grossi observa que:

“De um lado, o § 244 da *StPO* regula a produção da prova, através do dever judicial de esclarecimento (§ 244, II, da *StPO*) e do direito a requerimento de prova (§ 244, III-V, da *StPO*). Essa primeira norma determina, como já dito, que o juiz possui o dever de investigar a verdade, independentemente das provas trazidas pelas partes, o que é chamado de “princípio da investigação” (*Untersuchungsgrundsatz*) ou máxima inquisitiva (*Inquisitionsmaxime*). Ou seja, ele não está vinculado a requerimentos das partes. O acusado e a defesa têm a possibilidade de interferir e direcionar o descobrimento da verdade, através do mecanismo de interposição de requerimentos de prova, de

⁵⁵ Dados disponíveis no link: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_d4_0930.2018.pdf>. Acesso em 25 jan 2021.

⁵⁶ GRAMLICH, John. “*Only 2% of federal criminal defendants go to trial, and most who do are found guilty. Pew Research Center*”. Pew Research Center, [S.l.], 11 jun 2019. Disponível em: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/06/11/only-2-of-federal-criminal-defendants-go-to-trial-and-most-who-do-are-found-guilty/>> Acesso em: 25 jan 2021.

modo que ocorra efetivamente um processo em contraditório, em acordo com o Estado de Direito.”⁵⁷ (2015, p. 133-171)

De acordo com a regra insculpida no § 152 do Código de Processo Penal alemão (“*Strafprozeßordnung*” - “*StPO*”), o processo penal alemão se desenvolve por impulso oficial, somente em casos excepcionais previstos pela lei, a obrigatoriedade é mitigada, como no caso do § 153 Abs. 1 do *StPO*, em que o Ministério Público, com o consentimento do Tribunal, pode se abster de processar o autor em caso de insignificância, conforme o interesse do Estado na persecução.

A Abs. 2 do § 153 do *StPO*, dispõe que diante da situação supramencionada, se ação já foi iniciada, o Tribunal pode encerrar o processo em qualquer fase com o consentimento do Ministério Público e do réu.

No que tange às exceções à indisponibilidade da ação penal pública no processo alemão, Nereu José Giacomolli comenta que:

“As exceções ao dever de perseguir e de acusar são justamente a suspensão incondicional (§ 153 da *StPO*), a condicional (§ 153 a, da *StPO*) e os casos especiais de suspensão incondicional (§ 153 b-154 e, da *StPO*). Certos setores da doutrina denominam estas exceções, equivocadamente, de atuação conforme o “princípio de oportunidade”. Na realidade, se trata de uma matização do princípio da legalidade. Mesmo assim, não há como se prescindir totalmente das investigações, pois é averiguada a incidência ou não dos requisitos legais autorizadores da suspensão. A suspensão condicional ou incondicional pode partir da iniciativa do Ministério Público ou do Juiz. Na fase investigatória, a iniciativa do órgão acusador nem sempre depende da *venia* judicial, independentemente do estabelecimento ou não de condições. Por outro lado, a suspensão que ocorre após a dedução da pretensão acusatória depende do consenso entre o Juiz, Ministério Público e acusado.”⁵⁸ (2005, p. 456-478)

De acordo com o previsto no § 153a do *StPO*, com o consentimento do tribunal responsável pela abertura do processo principal e do arguido, o Ministério Público pode temporariamente abster-se de intentar acusações públicas em caso de infrações de menor potencial e, ao mesmo tempo, impor condições e instruções⁵⁹ se estas forem apropriadas ao interesse público e na reprovação do crime.

⁵⁷ GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da justiça?. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 23, n. 114, p. 133-171, maio/jun., 2015.

⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. As garantias fundamentais e a suspensão condicional do processo na Alemanha. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 94, n. 838, p. 456-478, ago., 2005.

⁵⁹ *StPO*, § 153a Abs. 1 Satz 2: “As seguintes condições ou instruções são levadas em consideração em particular: 1. prestar determinado serviço para reparar o dano causado pela infração, 2. pagar uma quantia para uma organização sem fins lucrativos ou do tesouro público, 3. Prestação de algum outro serviço sem fins lucrativos, 4. cumprimento das obrigações de pagar uma determinada quantia na manutenção, 5. fazer uma tentativa séria

Não obstante aos exemplos de mitigação à obrigatoriedade da ação penal pública na Alemanha supramencionados, o instituto da barganha processual penal foi tardiamente positivado no “*Strafprozeßordnung*”, que entrou em vigor em 1879, através da introdução de seu § 257c, ocorrida somente em 04 de agosto de 2009, possuindo uma origem diversa das demais fontes de direito. Nesse sentido, Monique Cheker (2019, p. 75) observa que:

“é pacífica a compreensão internacional de que os acordos informais (*Vergleich*) sobre penas na Alemanha ocorrem, pelo menos mais abertamente, desde a década de 1990. Um estudo de 1986 (Turner, 2006, p. 519) descobriu que a negociação de confissão ocorria quase exclusivamente em casos de colarinho branco e drogas. Porém, mesmo antes da mudança legislativa de 2009, já era aplicada aos crimes de violência sexual, crime organizado e corrupção, com menos incidência nos casos de homicídio.”⁶⁰

O acordo no processo penal alemão ou simplesmente “*absprache*”⁶¹, como ficou conhecido, é celebrado em determinados casos⁶², a partir de proposta realizada pelo Juízo e aceitação das partes.

Dispõe o § 257c, abs. 2 que pode ser objeto do acordo o conteúdo da sentença e das ordens judiciais associadas, outras medidas processuais relacionadas com o curso do processo de adjudicação subjacente e a conduta das partes durante o procedimento, similar ao que ocorre no *sentencing bargaining*.

De acordo com Vinicius Vasconcellos e Uriel Moeller (2016, p. 13-33):

“Conforme o texto aprovado, a Corte poderá, nos casos adequados, pactuar com os participantes do processo acerca de seu desenvolvimento e de seu resultado, fixando limites mínimos e máximos à sanção penal (proibindo, assim, os acordos sobre imputações —*charge bargaining*—)”⁶³

de chegar a um acordo mediado com a pessoa lesada (mediação vítima-infrator), tentando assim reparar o delito, na íntegra ou em uma extensão predominante, ou se esforçar para tanto, 6. participação em um curso de treinamento de habilidades sociais ou 7. participação de curso suplementar de acordo com a § 2b, Abs. 2, Satz 2 ou um curso de aptidão para dirigir de acordo com a § 4a da Lei de Transporte Rodoviário (*Straßenverkehrsgesetz*) – (tradução livre)

⁶⁰ CHEKER, Monique. Acordos resolutivos no direito penal: direito comparado, projeto anticrime e proposta de aperfeiçoamento para delitos ambientais. p. 55-91. Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão. Brasília: ANPR, 2019. p. 75.

⁶¹ “*Ab.spra.che* [’ap_’pʁa:xə] sf,-n entendimento, acordo.” - KELLER, Alfred Josef. Michaelis: minidicionário: alemão-português, português alemão. São Paulo, Companhia Melhoramentos. 1996. p. 11.

⁶² Importante observar que a legislação alemã não define quais são os determinados casos em que a negociação pode ser feita. Confere-se à Corte a discricionariedade caso a caso para definir quando pode ser ou não ser aplicada a pena. Vejamos: O *StPO*, em §257c Abs. 1 Satz 1, prevê que: “*Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den [...]*” (Em determinados casos, o Tribunal pode [...]) – (tradução livre).

⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Cidade do México, ano XLIX, n. 147, p. 13–33, set.-dez., 2016.

Além disso, é importante salientar que o réu deve obrigatoriamente confessar o delito de forma coerente e harmoniosa com o conjunto probatório, o que deve ser fiscalizado pela Corte, que em caso de dúvida deverá rejeitar o acordo.

A partir dessa observação, faz-se necessário transcrever a crítica apresentada por Ana Claudia Grossi (2015, p. 133-171):

“O acordo penal se materializou na Alemanha através da confissão, que só pode ser usada para o estabelecimento de uma pena mais branda, através da chamada “tesoura da pena” (que é a diferença entre uma pena mitigada a ser imposta no caso de uma confissão por acordo penal e a pena no caso de um julgamento sem a confissão). Na prática, o acusado, após o fornecimento de uma confissão, é condenado a uma pena mais leve, sem que haja a produção de prova, de forma que a Corte – sem a comprovação da veracidade da confissão dada – praticamente abre mão do fim último da verdade material.)⁶⁴

A corte que deve anunciar o que pode vir a ser o conteúdo do acordo e pode, ainda, indicar um limite inferior ou superior de pena, após livre avaliação das circunstâncias do caso e considerações gerais da sentença. O acordo só existirá se o réu e o Ministério Público concordarem com a proposta realizada pela Corte.

Em caso de aceitação das partes do processo, o réu deve ser instruído das condições e consequências de desvios em relação aos termos do acordo.

Conforme previsto no §257c, Abs. 4 do *StPO*, a Corte pode deixar de estar vinculada ao acordo se revisadas as circunstâncias legais ou factuais, ou ainda se surgirem, julgando que o intervalo de sentença em perspectiva não é mais apropriado para a gravidade do delito ou o grau de culpa.

O mesmo deve ser aplicado ao réu que apresentar conduta posterior ao acordo e não corresponder àquela em que o réu se baseou. Nesses casos o Tribunal não pode utilizar-se da confissão do réu realizada no acordo para sentenciá-lo novamente.

⁶⁴ GROSSI, Ana Claudia. *op. cit.*

2. Justiça criminal consensual no Brasil

2.1 Sistema processual penal brasileiro

O Código de Processo Penal brasileiro (“CPP”) foi inspirado no já revogado “*Codice di procedura penale*”⁶⁵, elaborado em 1930 pelo Ministro da Justiça da Itália Fascista, Alfredo Rocco, sob o pretexto falacioso de um justo equilíbrio entre os interesses do Estado e do réu, dado ao contexto da época.

No entanto, não é o que se verificou considerando que o processo penal italiano era composto por duas fases diversas: (i) a fase de instrução (*istruzione*) (art. 295 e ss.) era o procedimento de investigação preliminar, secreta e com pouquíssimas, senão inexistentes, oportunidades de direito de defesa, presidida por um juiz instrutor, dotado de amplos poderes; (ii) Após a decisão de prosseguimento proferida pelo juiz da instrução, a segunda fase (*dibattimento*) (art. 423 e ss.), em regra pública, iniciava-se com a realização de audiência pelo juiz de debates, que poderia utilizar todas as provas colhidas na instrução, inclusive a prova a oral, para, então, sentenciar o réu.

Acerca do revogado “*Codice Rocco*”, o jurista italiano Paolo Tonini, afirma que:

“O Código conseguiu implementar uma dupla “cumulação de funções”: por um lado, o juiz de instrução acumulava os poderes do Ministério Público; por outro, o Ministério Público, sendo parte, acumulava os poderes do juiz. Ao mesmo tempo, a separação das fases do julgamento também foi frustrada pela utilização nos debates dos documentos colhidos na investigação preliminar. As consequências sistemáticas foram desastrosas. Pela primeira vez foi abandonado o princípio da separação das funções processuais, que constituía uma conquista do código napoleônico. O sistema parecia formalmente misto, mas na essência prevaleceram as características do sistema inquisitorial.”⁶⁶ (2012, p. 26, tradução livre)

Por mais que o Códex italiano de 1930 tenha adotado um sistema processual essencialmente inquisitivo, o Código de Processo Penal brasileiro foi moldado em atenção ao princípio “*ne procedat iudex ex officio*”, ou seja, a inércia da jurisdição, consagrando no

⁶⁵ O Código de Processo Penal italiano ou “*Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1399*,” vigorou de 1º de julho de 1931 até a sua revogação em 22 de setembro de 1988, quando substituído pelo novo Código. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1930/10/26/030U1399/sg>

⁶⁶ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Tredicesima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p. 26 - “Il Codice era riuscito ad attuare un duplice “cumulo di funzioni”: da un lato, il giudice istruttore cumulava i poteri dell'accusa; da un altro lato, il pubblico ministero, pur essendo parte, cumulava i poteri del giudice. Al tempo stesso anche la separazione delle fasi processuali era di fatto vanificata dalla utilizzabilità dibattimentale degli atti raccolti nell'istruttoria. Le conseguenze sistematiche furono disastrose. Si abbandonava per la prima volta il principio della separazione delle funzioni processuali, che costituiva una conquista del codice napoleonico. Il sistema appariva formalmente misto, ma nella sostanza prevalevano le caratteristiche del sistema inquisitorio.”

ordenamento jurídico pátrio a separação, a independência do órgão da acusação, cabendo somente a ele a iniciativa da ação quando a “*res in judicio deducta*” versasse sobre crime.

Desde então, a redação do “*caput*” do art. 24 do CPP permaneceu intocada, incumbindo, em regra, o Ministério Público da promoção da ação penal pública.

Sob essa diretriz, o “*jus puniendi*” estatal já limitado pelo princípio “*nulla poena sine judicio*”, extraído do art. 122, § 11, da Constituição de 1937⁶⁷, passou a necessitar, ainda, do autônomo “*jus perseguendi*” ministerial (ação pública) ou do ofendido (ação privada), inexistindo juízo sem autor (“*nemo judex sine actore*”), consolidando, assim, a ideia de um “*actum trium personarum*”, isto é, um ato dotado de autor, réu e juiz, ou ainda.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 é constituído, em regra, por duas fases, sendo uma fase pré processual, investigatória, de caráter inquisitório e uma fase processual de natureza acusatória, na qual só se inicia a ação com o recebimento da exordial acusatória, oportunizando-se, então, o contraditório e a formação do conjunto probatório para o livre convencimento motivado do juiz.

Ada Pellegrini Grinover, Candido Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra pontuam na célebre obra “Teoria Geral do Processo” que:

“No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Quanto a fase prévia representada pelo inquérito policial, ele configura um procedimento administrativo, sem acusado mas com litigantes (após o indiciamento), de modo que os elementos probatórios nele colhidos (salvo as provas antecipadas à título cautelar) só podem servir à formação do convencimento do Ministério Público, mas não para embasar uma condenação.”⁶⁸ (2015, p. 82)

Nesse mesmo sentido, Alexandre de Moraes afirma que:

“O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.”⁶⁹

Dessa forma, a ausência de contraditório na investigação e a necessidade de motivação da sentença com base em prova produzida ou confirmada no curso da ação penal, torna evidente

⁶⁷ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937: “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. **Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;**” – [grifos nossos]

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 31ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 82.

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 123.

que a fase prévia do sistema processual penal brasileiro é dotada de características de um sistema inquisitivo e, portanto, conjugada com a fase processual, notadamente acusatória, verifica-se que, em geral, o Código de Processo Penal brasileiro é estruturado sob uma sistemática de natureza mista, ainda que sua matriz ideológica tenha sido o *Codice Rocco*.

Cumpra observar que, em sentido diametralmente oposto à regra imposta para crimes, o art. 26 do Código de Processo Penal preconiza que: “A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.”

Acerca da ação penal “*ex officio*”, José Frederico Marques asseverou que:

“A função de julgar, no processo penal, não difere daquela que o juiz exerce nos processos não penais. A imparcialidade que se exige do magistrado que resolve uma lide civil, é a mesma que deve presidir aos atos do juiz que aplica a lei penal. Ora, se o juiz que vai julgar uma contravenção pode, antes, praticar atos persecutórios e dar início ao procedimento penal sem obedecer ao “*ne procedat iudex ex-officio*”, comprometida ficará a imparcialidade.”⁷⁰ (1956, p. 389)

O então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de 1941, justificou o comprometimento da imparcialidade do juiz, mediante a adoção de uma fase processual puramente inquisitivo para as contravenções, pois essas deveriam estar “*sujeitas a um processo particularmente célere, sob pena de frustrar-se a finalidade legal.*”⁷¹ (Brasil, 1941)

No entanto, a regra referente à ação penal *ex officio* insculpida no art. 26 do CPP encontra-se revogada, como bem comenta Guilherme de Souza Nucci:

“até o advento da nova Constituição, entendia o Supremo Tribunal Federal, a despeito de doughtas opiniões em contrário da doutrina, que era viável o início da ação penal por portaria da autoridade judiciária ou policial, bem como pela lavratura do auto de prisão em flagrante. Foi preciso a expressa menção de que a titularidade da ação penal é do Ministério Público (art. 129, I, CF), para que não mais se permitisse o início da ação penal por portaria. Assim, está revogado, atualmente, este dispositivo.”⁷² (2017, p. 139)

Dessa forma, imprescindível afirmar que o processo penal brasileiro, no que concerne ao trinômio doutrinário acusatório/inquisitório/misto, tem se afastado aos poucos de sua tradição inquisitiva aproximando-se de características acusatórias.

⁷⁰ MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1956.

⁷¹ Brasil. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. 8 de setembro de 1941. Disponível em: [\[https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf\]](https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf) Acesso em: 07/10/2020.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 16ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 139.

No que tange à binômio de direito comparado (inquisitorial/adversarial), devido à colonização portuguesa, o sistema processual penal brasileiro possui traços marcantes do sistema continental europeu, no qual os juízes são dotados de amplos poderes e as partes possuem determinadas restrições.

Nesse sentido, é importante observar que o Código de Processo Penal brasileiro na redação atual, continua a investir o magistrado de amplos poderes, servindo como exemplo: a possibilidade de o juiz ordenar de ofício o sequestro, em qualquer fase do processo ou, ainda, antes de oferecida a denúncia ou queixa (art. 127 do CPP⁷³); o subjetivismo de cada magistrado para admitir perguntas formuladas pelas partes no que concerne àquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida, além da possibilidade de complementar a inquirição de testemunhas (art. 212 do CPP⁷⁴); e a possibilidade de o juiz determinar de ofício, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, inc. II do CPP⁷⁵).

Além disso, preconizam os artigos 93, IX da Lei Maior⁷⁶ e 155 do CPP⁷⁷ o princípio do livre convencimento motivado, o qual segundo Uadi Lammêgo Bulos (2000), é “[...] *a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos.*”⁷⁸

Do referido método de valoração de prova, pode-se afirmar que o livre convencimento motivado possui uma dupla função. A meu ver, a primeira é a liberdade do juiz em formar sua

⁷³ CPP, “Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.”

⁷⁴ CPP, “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

⁷⁵ CPP, “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...] II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

⁷⁶ CF, “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

⁷⁷ CPP, “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

⁷⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 184–198, ago., 2000.

convicção, considerando que para formar sua decisão, imbuí-se de seu próprio subjetivismo, julga de forma livre, decide de acordo com a sua consciência e, a segunda, a necessidade de motivação, como uma limitadora dessa liberdade, isto é, para toda decisão proferida, deve haver fundamento, uma motivação vinculada não só à lei, mas, também, ao conjunto probatório que foi reunido ao longo do processo.

Como bem comenta Sérgio Salomão Schecaira, com *“a adoção do sistema de livre convencimento, há a necessidade de estabelecer parâmetros para, garantindo o poder discricional do juiz na busca da verdade real, limitar o eventual arbítrio que poderia surgir da falta de motivação.”*⁷⁹

Em relação ao livre convencimento do juiz, consubstanciado na arbitrariedade pura, isto é, na ausência de necessidade de fundamentação, Luigi Ferrajoli conclui que:

“o abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais”⁸⁰ (apud Rafael Fecury Nogueira)

Com o desenvolvimento dos sistemas probatórios, abandona-se essa arbitrariedade e surge o método do livre convencimento motivado, a fim de conjugar a liberdade de apreciação e de convencimento e a necessidade de motivação da decisão fundada no conjunto probatório.

Dessa forma, concede-se ao juiz criminal brasileiro amplos poderes e, ao mesmo tempo, vincula-o às provas do processo.

Se compararmos a iniciativa quanto ao processo, na condução deste e na iniciativa probatória entre sistema processual penal norte americano, adversarial na essência, e o brasileiro, é perceptível a influência e o poder que é investido o magistrado pátrio e, portanto, nessa classificação de direito comparado, considera-se o Brasil um país mais próximo ao sistema inquisitorial.

No que tange à implementação da justiça negocial no sistema processual brasileiro, Décio David Franco (2020, p. 18) afirma que:

“A estruturação da justiça negociada só é possível em um modelo no qual o juiz passa a ser expectador do processo para materializar e preservar as garantias do réu. Logo, para ser válida e legítima, a roupagem da justiça negocial exige um corpo acusatório ou adversarial [...]”⁸¹

⁷⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo de pena e o dever de motivar. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 2, n. 6, p. 161–170, abr.-jun., 1994.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 112-113.

⁸¹ DAVID, Décio Franco. O futuro exige o novo: o acordo de não persecução penal: exige a implementação de um sistema acusatório. In: Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020. p.18

Ouso discordar em parte desse posicionamento. Inicialmente, deve ser observado que as amarras proporcionadas pela influência do modelo de justiça negocial norte americano devem ser desvencilhadas. Não é porque os acordos criminais foram difundidos nos Estados Unidos que o referido modelo deve ser tido como objeto de desejo de igual implementação pelo legislador ou pelo aplicador do direito no Brasil.

O sistema processual penal adversarial proporcionou nos Estados Unidos o surgimento de acordos criminais que devem servir de inspiração para que outros países implementem um modelo consensual dentro de seus próprios sistemas de justiça, sem que haja a necessidade de ruptura de seu próprio sistema, como é o caso da Alemanha.

A meu ver, é possível a implementação de um modelo de justiça negociada em um sistema mais próximo do inquisitorial do que do adversarial, desde que, como apontado por Décio David Franco, que seja um processo com características de um modelo acusatorial, isto é, desde que haja a liberdade das partes, Ministério Público ou ofendido e acusado, de poderem transigir de acordo com a sua livre vontade, servindo o juiz como um mero fiscalizador e chancelador do negócio.

O modo de atuação do juiz no processo criminal brasileiro atualmente não deve ser encarado como um empecilho a estruturação de um modelo de justiça negocial, vez que, compreendendo o acordo criminal como um negócio jurídico celebrado a partir do encontro de vontades das partes capazes, que possuem interesse processual, não faz sentido o magistrado, que exerce sua função de modo imparcial, destituída de interesse, participar como parte do acordo manifestando sua vontade, mas sim como aquele que apenas deve verificar os requisitos de legalidade e validade do acordo, que preenchidos, deve ser homologado e, se ausentes, deve recusar-se à fazê-lo.

2.2 O consensualismo e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública

O consensualismo na Justiça Criminal brasileira, nasce com o seguinte questionamento: E o princípio constitucional processual penal da obrigatoriedade da ação penal pública?

A Constituição Federal no caput do seu art. 127, estabelece que o “*Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”, definindo em seu § 1º a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional como princípios institucionais.

Por sua vez, o art. 129, inc. I, do texto constitucional atribui ao Ministério Público como uma de suas funções, a promoção privativa da ação penal pública, na forma da lei, ou seja, o

monopólio jurídico da titularidade da ação penal pública pertence ao Ministério Público, que a exerce, com exclusividade e indisponibilidade.

Já, a regra contida no art. 24 do Código de Processo Penal estipula que “*Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.*”, assim, havendo justa causa para a promoção da lide o Ministério Público deve oferecer a exordial acusatória.

Ou seja, a regra é a propositura da ação penal pública.

Do mesmo modo que o poder constituinte forneceu ao Ministério Público independência funcional para operar livre das amarras do Judiciário e do Executivo, inserindo algumas limitações institucionais (CF, art. 128, § 3º), o poder constituído propiciou ao Parquet a obrigatoriedade da ação penal pública, nos contornos estabelecidos pela lei.

Dessa forma, a regra estabelecida no Código de Processo Penal possui sua exceção, qual seja, a discricionariedade regulada.

Preenchidas as condições da ação e havendo justa causa para a ignição do “*ius persecuendi*”, além de oferecer a denúncia, pode o “*dominus litis*”, desde que preenchidos determinados requisitos estabelecidos na Lei, propor a transação penal, que se não cabível, poderá ofertar o acordo de não persecução penal.

Como muito bem exposto por Ada Pellegrini Grinover:

“[...] a ideia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração penal, em admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda evidência sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia-se percebido quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual.”⁸² (1996, p. 9)

Assim, vislumbra-se que o consensualismo introduzido no ordenamento jurídico penal, através do mecanismo do acordo de não persecução penal, consiste em exceção ao princípio obrigatoriedade da ação penal pública, fundamentando-se na discricionariedade regulada conferida ao Ministério Público, no qual a depender da conveniência ou oportunidade regradada e conforme a política criminal adotada pela instituição, poder-se-á por meio legal e estranho ao processo convencional ou tradicional, extinguir a punibilidade do agente, aplicando determinadas obrigações pela perpetração de um delito.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 9.

2.3 Princípios que corroboram a estruturação do consenso na esfera criminal brasileira

O Processo Penal brasileiro é regido por princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais, da política processual penal de um Estado, e que informam o conteúdo das normas que regem o processo em seu conjunto, dizendo respeito, pois, ao seu conteúdo material, aos poderes jurídicos de seus sujeitos e à sua finalidade imediata.⁸³ (Tourinho Filho, 1982, p. 36)

Importante observar que os princípios não servem como normas proibidoras ou permitidoras, mas apenas fornecem as margens da reserva do possível, fática ou jurídica.

Se partirmos da concepção básica de que os princípios são fundamentais, pois alicerçam as normas gerais de direito, considerando ainda que dentro dos contornos e bases por esses proporcionados, é possível a estruturação de um modelo de consenso na Justiça Criminal a partir, principalmente, dos seguintes princípios:

2.3.1 Princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual

Do princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inc. LIV, da CF⁸⁴, resultam dois importantes princípios, a razoável duração do processo e a celeridade processual, os quais estão intimamente ligados à justiça temporal adequada.

A razoável duração do processo é uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF⁸⁵, que visa assegurar ao jurisdicionado que não decorra um vasto período para a efetiva definição do processo, impondo de certa forma, um limite ao Estado, que não deve postergar os litígios.

A celeridade processual, que não se confunde com a razoável duração do processo e muito menos com precipitação, é o princípio voltado à aceleração da atividade processual. Essa aceleração se dá no sentido de que tanto as partes quanto o magistrado e seu cartório não posterguem a prática de determinados atos ou tumultuem os autos com inúmeras manifestações desnecessárias, gerando uma tramitação célere.

Conforme expõe Roberto da Silva Oliveira: “O juiz é o principal guardião da eficácia da garantia da razoabilidade na duração do processo e celeridade processual, considerando sua

⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. I. 6ª ed., atualizada com a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 36

⁸⁴ CF, art. 5º, inc. “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

⁸⁵ CF, art. 5º, inc. LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

incumbência legal de prover à regularidade do processo e de zelar pela rápida solução dos litígios.”⁸⁶ (2012, p. 339-382)

No mesmo sentido vale lembrar a lição crítica de Ruy Barbosa em seu discurso de paraninfo da turma de 1920, da faculdade de Direito de São Paulo, notoriamente conhecido como “Oração aos Moços”:

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.”⁸⁷ (1988, p. 74)

Em razão da morosidade do processo penal e da vultosa quantidade de casos em curso Justiça criminal, o vagaroso trâmite dos litígios na esfera penal transmite à sociedade um sentimento de injustiça, de impunidade.

Assim, pode-se afirmar que a celeridade e a razoável duração do processo são princípios que respaldam e estimulam a concretização de leis de cunho processual voltadas à rápida solução dos casos, principalmente, no que tange à adoção de meios consensuais de resolução.

Nessa senda, imprescindível não ressaltar a observação de Artur César de Oliveira: “É importante salientar que a falta de celeridade processual não atinge apenas os interesses individuais inseridos no âmbito da relação jurídica processual, pois essa lentidão acaba por gerar efeitos perniciosos igualmente no desenvolvimento social e econômico de uma nação.”⁸⁸ (2015, p. 43-57)

2.3.2 Princípio da lealdade processual

O princípio da lealdade processual, muito atrelado ao princípio da boa-fé, garante às partes que, diante de um litígio, ninguém possa utilizar-se do processo como um instrumento, um meio para alcançar interesse espúrio, mitigando, assim, comportamentos processuais inapropriados.

Nesse sentido, vale a pena observar a lição de Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra:

“[...] a relação processual, quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação psicológica pouco propícia a manter um clima de concórdia; e o

⁸⁶ OLIVEIRA, Roberto da Silva. O direito fundamental à razoável duração do processo penal. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 101, n. 919, p. 339-383, maio 2012.

⁸⁷ BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988. (Coleção Prestígio) p. 74

⁸⁸ SOUZA, Artur César de. Celeridade processual e a máxima da razoabilidade no novo CPC (Aspectos positivos e negativos do art. 4º do novo CPC). Revista de processo. São Paulo. v. 40, n. 246, p. 43-57, ago, 2015.

processo poderia prestar-se, mais que os institutos de direito material, ao abuso do direito. As regras condensadas no denominado princípio da lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução de seus objetivos. O desrespeito ao dever de lealdade processual traduz-se em ilícito processual (compreendendo o dolo e fraude processuais), ao qual correspondem sanções processuais.”⁸⁹ (2015, p. 96)

O princípio da lealdade processual deve compreender uma otimização de valores constitucionais como a dignidade humana, que no plano processual, deve compreender a proteção do princípio de confiança recíproca e o princípio da paridade de armas, a fim de firmar a existência de um processo justo e vedar quaisquer abusos processuais.

No que concerne à implementação de métodos consensuais de resolução de litígios penais, a lealdade processual, como consectária da boa-fé, deve servir como uma garantia para que as partes não utilizem o acordo para alcançar a imposição de sanção ou de medidas similares sob uma coerção velada, qual seja, a ameaça de sofrer um longo processo criminal que poderia levar a uma condenação mais severa.

2.3.3 Princípio da presunção de inocência

Sob a ótica de um processo penal contemporâneo, isto é, um processo penal que assume uma roupagem constitucional, é imprescindível não falarmos do princípio do estado de inocência ou da presunção de inocência.

Referido princípio constitucional penal, insculpido no art. 5º, inc. LVII da CF/88⁹⁰, apresenta-se como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, através do qual é eliminado arbítrio estatal, impondo-se a necessidade de provar a culpabilidade do agente em todos os casos. Sem esse princípio limitador para o Estado, afastar-se-iam todas as demais garantias e direitos, inclusive o devido processo legal.

Segundo ensina Guilherme Madeira Dezem:

“ao falar-se em Estado Democrático de Direito, deve-se ter em mente a necessária implicação na adoção do princípio da presunção de inocência: o Estado somente se impõe legítimo quando reconhece a existência de direitos às pessoas, entre os quais, o fundamental de ter o seu status de inocente garantido até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.”⁹¹ (2008, p. 269-290)

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2015. p. 96.

⁹⁰ CF/88, art. 5º, inc. LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

⁹¹ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v. 16, n. 70, p. 269-290, jan.-fev., 2008.

A meu ver, a presunção de inocência não pode ser considerada óbice à estruturação de métodos consensuais de resolução de litígio. Pelo contrário, a garantia constitucional penal torna propícia a extensão ao réu de outras garantias como a necessidade de comprovação da culpabilidade do agente, tanto é que, nos acordos celebrados na esfera criminal, normalmente é exigida confissão ou que seja assumida a responsabilidade pelo fato para que seja suprimida a necessidade de prova em juízo.

Em um primeiro momento, a imposição de uma confissão como requisito para satisfazer a necessidade de prova e quebra do estado de inocência, seria suficiente. No entanto, deve ser questionado se a mera reunião de indícios para a promoção da ação penal, aliada à confissão, teriam carga probatória suficiente para estabelecer “medidas” só por conta da aquiescência das partes, enquanto essas seriam insuficientes para legitimar a imposição de pena propriamente dita após o devido processo legal, conforme a jurisprudência de nossos tribunais.

No meu entendimento, não há que se falar em supressão da presunção de inocência do agente que se submete a negociação criminal, vez que lhe é facultado aceitar ou não o que lhe foi proposto, dispondo livremente acerca de sua própria liberdade e de seu direito ao processo, devendo, ainda, ser observado que, de certa forma, se transigiu, é porque lhe é mais vantajoso, mais benéfico, negociar sua reprimenda em vez de enfrentar o processo criminal.

Além disso, como se verá adiante, os métodos de resolução consensual criminais possíveis no ordenamento jurídico brasileiro, em caso de descumprimento, não importam em imposição de prisão, mas sim, em submissão ao regular processo de conhecimento, à ampla defesa e ao contraditório em juízo.

Dessa forma, o princípio da presunção de inocência permanece se apresentando como uma garantia àquele que se submete à negociação criminal no Brasil, eis que o Estado não coloca óbice ao processo criminal, mas apenas apresenta proposta para a rápida resolução do litígio, tornando ao *status quo ante* em caso de descumprimento, isto é, há ainda a possibilidade de enfrentamento de ação penal e a necessidade estatal de provar a culpabilidade do agente.

2.4 Mecanismos consensuais na justiça criminal brasileira

Cumprindo os ditames preconizados no art. 98, inc. I, da CF, o legislador ordinário promoveu a criação dos juizados especiais com a elaboração da Lei n.º 9.099/95, norteando-o pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade para, enfim, desburocratizar e simplificar a justiça.

Contrariando o movimento de recrudescimento do tratamento dispensados à determinados delitos graves, como é caso da elaboração da lei de crimes hediondos (Lei n.º

8.072/90), no que tange ao JECrim, cujo projeto de lei é de autoria de Michel Termer, buscou-se um novo modelo de Justiça Criminal pautado no consenso.

Esse modelo consensual, implementado na Lei n.º 9.099/95, visando a economia e a celeridade processual em se tratando de infrações penais de menor potencial ofensivo, possibilitou a aplicação da composição civil dos danos (art. 74 a 75), da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89).

Além dos supracitados mecanismos consensuais, com a introdução da Lei n. 9.807/99, foi desenvolvido o instituto da “colaboração”, um meio de beneficiar o réu que cooperou com a investigação policial e o processo criminal. Entretanto, cumpre observar que na colaboração da referida lei, não há um acordo firmado entre as partes e homologado judicialmente, mas somente a concessão de benesse pelo juízo ao réu colaborador, motivo pelo qual esse mecanismo não será doravante aprofundado.

Visando dismantelar a macrocriminalidade e facilitar a obtenção de provas em processos em face de organizações criminosas, foram desenvolvidos, a partir do consensualismo: (i) o acordo de leniência, introduzida por meio da Lei n.º 12.529/2011, posteriormente regulado pela Lei n.º 12.846/2013, que não será objeto de apontamentos do presente estudo considerando que é celebrado por pessoas jurídicas em caso de infrações administrativas e cíveis; e (ii) a colaboração premiada, disposta na Lei n.º 12.850/2013.

2.4.1 Composição dos danos civis

De acordo com o rito sumaríssimo estabelecido pela Lei n.º 9.099/95, após lavrado o termo circunstanciado e cientificado o autor e a vítima dos fatos, será realizada audiência preliminar, na qual é facultada a realização da composição civil dos danos (art. 72).

A composição civil dos danos é um negócio jurídico a ser celebrado entre a vítima e o imputado durante a audiência preliminar, cujo objeto é a reparação dos danos causados, a serem negociados oralmente mediante condução e supervisão do Juiz ou de um conciliador sob orientação deste e uma vez alcançados o acordo, esse deve deverá ser reduzido a termo e homologado em juízo.

Importante salientar que, versando os fatos sobre crime de ação penal pública incondicionada, o referido acordo não gerará nenhum efeito sobre a ação penal, mas somente no que compete aos efeitos cíveis da infração de menor potencial ofensivo.

Ao contrário do que ocorre na ação penal de iniciativa pública, no caso de ação penal privada ou pública condicionada à representação, o referido negócio jurídico homologado acarreta a renúncia à queixa ou representação, impedindo o prosseguimento da lide. A esse

respeito, Damásio de Jesus leciona que o acordo civil “[...] constitui forma de despenalização, uma vez que, em determinados crimes, como os de ação penal privada e de ação penal pública condicionada a representação, conduz à extinção da punibilidade.”⁹² (2010, p. 66).

Proferida a sentença de homologação da composição civil dos danos, deve ser ressaltado que se trata de decisão irrecorrível, o que não obsta a oposição de embargos de declaração e da ação anulatória do art. 966, § 4º do CPC de 2015⁹³.

Além disso, considerando que se trata de negócio jurídico no qual foi ajustada obrigação de natureza cível, visto que o seu intuito é a reparação do dano causado, o título executivo deverá ser executado no juízo cível competente, seguindo as regras processuais cíveis para tal e não na esfera criminal.

Em uma última observação acerca desse instituto, é imprescindível observar que a composição civil dos danos é um dos primeiros mecanismos de redescoberta da vítima no processo penal brasileiro, ainda que de maneira quase imperceptível, no qual é possível que a vítima é assuma o poder de transigir acerca dos danos materiais por ela sofridos, em vez de se sujeitar ao valor mínimo fixado pelo juiz nos termos do art. 387, inc. VI do CPP ou ter que aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para então propor ação cível “*ex delicto*”.

2.4.2 Transação penal

A transação penal é um acordo realizado entre o autor da infração de menor potencial ofensivo e o Ministério Público, no qual o parquet propõe a aplicação de determinada pena não privativa de liberdade em troca do encerramento do procedimento, quando restar infrutífera a tentativa de composição civil dos danos e apresentada a representação pelo ofendido ou se não for o caso de arquivamento, no caso de não haver vítima na infração, conforme dispõe o caput do art. 76 da Lei n.º 9.099/95.

Por mais que decorra a aplicação de penas alternativas, o negócio jurídico celebrado entre o autor da infração e o *dominus litis*, obsta a imposição de pena privativa de liberdade possuindo natureza jurídica despenalizadora. Nesse sentido, Allan H. de Oliveira, Marcelo F. G. Vilela e André Estefan comentam que: “*Trata-se de medida despenalizadora na qual se abre mão do ajuizamento de ação penal mediante a aceitação, por parte do autor e de seu defensor,*

⁹² JESUS, Damásio E. de. Lei dos juizados especiais criminais anotada. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92

⁹³ CPC/15, art. 966, § 4º - “*Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.*”

do cumprimento imediato de uma pena alternativa (multa ou restritiva de direito).’’⁹⁴ (2006, p. 162)

Importante ressaltar que a transação penal somente poderá ser ofertada pelo Ministério Público àqueles autores que cumpram determinadas condições insculpidas no § 2º do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, quais sejam: não ser reincidente por crime anterior a que foi condenado a descontar pena privativa de liberdade (inc. I); não ter sido beneficiado com a transação penal nos últimos cinco anos (inc. II); ser aconselhável a imposição de pena alternativa em face das condições e circunstâncias pessoais do acusado (inc. III).

Se o autor da infração de menor potencial ofensivo cumprir os requisitos supramencionados e for realizada a proposta de transação pelo *parquet*, o magistrado assumirá a roupagem de mediador, podendo apenas sugerir o que lhe parece razoável e legal. Ajustados os termos entre as partes, o juiz fiscalizará a devida aplicação da lei opondo-se ao acordo ou homologando-o.

Acerca da homologação da transação penal, observa-se que a sentença não faz coisa julgada material e, portanto, uma vez descumprida, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Essa sentença, ainda que homologatória, diferente do que ocorre com a composição civil dos danos, é recorrível, cabendo a interposição de recurso de apelação nos termos do art. 76, § 5º c.c. art. 82, ambos da Lei n.º 9.099/95.

Caso haja o integral cumprimento das cláusulas ajustadas no acordo, o autor da infração não será considerado condenado e, assim, não será considerado reincidente em caso de persecução posterior, não podendo gerar nem efeitos para maus antecedentes. Além disso, não há efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

2.4.3 Suspensão condicional do processo

Em seu art. 89, a Lei n.º 9.099/95 previu ainda a possibilidade do Ministério Público, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, propor, no momento do oferecimento da denúncia, a suspensão condicional do processo, sob determinadas condições a serem cumpridas por um período de dois a quatro anos (período de prova), que se não violadas, ao final, levam a extinção da pretensão punitiva estatal.

⁹⁴ ESTEFAM, André; OLIVEIRA, Allan Helber de; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Juizados especiais cíveis e criminais: (leis n. 9.099, de 26-9-1995, e 10.259, de 12-7-2001). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 162.

Assim como a transação penal, a suspensão condicional do processo é um instrumento consensual, um negócio jurídico, no qual busca-se evitar o encarceramento a curto prazo, no entanto “*não se transige a respeito da pretensão punitiva estatal, que resulta incólume no momento da transação. Cuida-se, portanto, de uma via despenalizadora indireta ou processual.*”⁹⁵ (GRINOVER, 1996, p. 190)

Essa medida despenalizadora indireta somente pode ser proposta pelo promotor de Justiça desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena prevista no art. 77 do CP, quais sejam: o acusado não seja reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; ter sido condenado não seja reincidente em crime doloso; bem como não seja indicada a substituição do art. 44 do CP.

Preenchidos os requisitos legais o Ministério Público oferecerá a suspensão do processo pelo período de prova específico, sob as seguintes condições dispostas no § 1º do art. 89 da Lei n.º 9.099/95: (i) a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo (inc. I); (ii) proibição de frequentar determinados lugares (inc. II); (iii) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz (inc. III); (iv) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (inc. IV).

Conforme previsto no referido parágrafo, somente após o recebimento da denúncia que o acusado e seu defensor poderão aceitar a proposta do *parquet*, na presença do Juiz, que terá a faculdade de especificar outras condições a que fica subordinado o benefício, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado e, então, poderá suspender o processo.

Caso o beneficiário venha a descumprir as condições acordadas, a suspensão condicional do processo será revogada por decisão do juízo processante, sendo essa somente prescindível se esse vier a ser processado por outro crime ou contravenção, não sendo exigida sentença condenatória definitiva.

De acordo com o § 5º do art. 89, com o decurso do período de prova sem a revogação do benefício, o Juiz deverá declarar a extinção da punibilidade, isto é, mesmo que descumpridos os termos fixados e com a notificação da violação juízo, se não tiver sido proferida decisão que revogue a suspensão, terá o acusado atingido seu objetivo.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; [et. al.]. op. cit. 1996. p. 190

2.4.4 Colaboração premiada

Com o advento da Lei n.º 9.807/99 é criada a colaboração (arts. 13 a 15), através da qual o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal (identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e na recuperação total ou parcial do produto do crime).

Posteriormente, dentro da mesma lógica de “*stick and carrot approach*” (abordagem da cenoura e do porrete) da colaboração da Lei n.º 9.807/99, a fim de elaborar um mecanismo apto ao enfrentamento de organizações criminosas e de crimes transnacionais, foi editada a Lei n.º 12.850/13, que dispõe sobre a colaboração premiada (art. 3º-A a 7º).

A colaboração premiada deve ser entendida como um meio especial de obtenção de provas⁹⁶, no qual é celebrado um acordo entre o órgão da acusação e o interessado, podendo este ao final e atendidas as expectativas legais, vir a ser agraciado com determinadas benesses legalmente estabelecidas.

Conforme leciona Fredie Didier Jr. e Daniela Bonfim: “*A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado.*”⁹⁷ (2016, p. 23-59)

Segundo a posição dominante no STF firmada na denegação de ordem do HC 127483/PR:

“4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.”⁹⁸

Importante observar que a legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada é do Ministério Público. No entanto, prevalece no Pretório Excelso o entendimento exarado no julgamento da ADI 5508⁹⁹, no sentido “*de que o delegado de polícia pode*

⁹⁶ Lei n.º 12.850/2013, art. 3-A. “*O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.*”

⁹⁷ DIDIER JR.; Fredie. BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o direito processual civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, nº 62, p. 23-59, out./dez. 2016.

⁹⁸ STF; HC 127483/PR; Rel. Min. Dias Toffoli; Julgamento: 27/08/2015.

⁹⁹ STF; ADI 5508/DF; Rel. Min. Marco Aurélio; Julgamento em 20.6.2018.

formalizar acordos de colaboração premiada, na fase de inquérito policial, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial.”¹⁰⁰

Logo no art. 3º-A da Lei n.º 13.850/2013, incluído pela Lei n.º 13.964/2019, é previsto um requisito para a celebração do acordo de colaboração premiada, qual seja, a utilidade e o interesse público, os quais são atendidos se atingidos um ou mais dos resultados previstos no art. 4º da referida lei:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.”

Com o bem afirma Francisco Dirceu Barros:

“Consagra-se assim o instituto da colaboração premiada como um importante e eficaz meio a serviço do Estado na elucidação de crimes e proteção dos bens jurídicos, mas que exige cautela na sua utilização. Impõe, pois, não só a análise cautelosa das declarações, que devem estar em consonância com o lastro probatório colhido, mas ainda apreciação da real e efetiva participação do delator para deslinde da causa quando da individualização da pena, para que só então se conceda o prêmio legal.”¹⁰¹ (2020, p. 279)

O procedimento da colaboração premiada pode ser dividido em duas fases diversas, a primeira é constituída pelas tratativas iniciais e a segunda pela formalização e homologação do acordo pelo juízo.

As tratativas para a colaboração premiada devem ser realizadas sempre na presença de um advogado ou defensor público, que se iniciam com a entrega da proposta pelo proponente ao órgão do Ministério Público ou Delegado de Polícia.

¹⁰⁰ Trecho extraído do informativo 907 do Supremo Tribunal Federal. Disponível no link: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>> Acesso em 25 mar 2021.

¹⁰¹ BARROS, Francisco Dirceu. Acordos criminais. Leme: JH Mizuno, 2020. p. 279.

Essa proposta deve estar instruída com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração e, ainda, procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.

Conforme preconiza o art. 3º-B da Lei n.º 12.850/2013:

“O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.”

Esse dispositivo é de suma relevância para o acordo, considerando que, em caso de não ser indeferida sumariamente a proposta, a confidencialidade prevista deve ser reduzida a termo e, no caso de não celebração do acordo, o celebrante não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador.

Ressalta-se que o magistrado não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o celebrante e o investigado ou acusado e seu defensor, lhe sendo remetido os termos para análise e para oitiva sigilosa do colaborador a fim de verificar: a regularidade e legalidade; a adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 4º; e a voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Caso a proposta não atenda aos requisitos legais, o juiz poderá recusar a homologação, devolvendo a proposta às partes para as adequações necessárias. Se satisfeitos os requisitos, o magistrado procederá a homologação do acordo, que somente produzirá efeitos diante do cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador.

3. O acordo de não persecução penal

3.1 Fundamento legal

O primeiro dispositivo de texto normativo a tratar do acordo de não persecução penal foi o art. 18, da Resolução n.º 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (“CNMP”), que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

No entanto, em 03/10/2017, a Associação dos Magistrados Brasileiros (“AMB”) propôs a ação direta de inconstitucionalidade (“ADI”) 5790, quanto a integralidade da referida Resolução, com exceção ao art. 24 que revoga a Resolução antecedente.

No que tange ao art. 18 do ato normativo, a AMB alega que é impossível aceitar a validade do “acordo de não persecução penal”, porque o CNMP claramente legislou com invasão ao art. 22, I, da CF, além de estar submetendo os acusados a procedimento não previsto em lei (CF, art. 5º, II) e que ofende o art. 5º, incisos XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LXI e LXV, da CF.

Nesse mesmo sentido, aos 11/10/2017, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (“OAB”) propôs, no Supremo Tribunal Federal, a ação de declaração de inconstitucionalidade (“ADI”) 5793, na qual aduz que os arts. 1º, caput, 2º inciso V, 7º, incisos I, II e III e 18 da referida Resolução são eivados de inconstitucionalidade, na medida em que usurpa a competência privativa da União (art. 22, I, da CF) e da instituição policial; extrapola o poder regulamentar conferido ao CNMP (art. 130-A, §2º, I, da CF); ofende os princípios da reserva legal, segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF), indisponibilidade da ação penal (art. 129, I, da CF), imparcialidade (art. 37, da CF), impessoalidade (art. 37, da CF) ampla defesa (art. LV, da CF), contraditório (art. LV, da CF), devido processo legal (art. 5, LIV, da CF) e inviolabilidade de domicílio (5º, inc. XI, da CF).

Na 23ª Sessão Ordinária de 2017 do CNMP, realizada em 04/12/2017, a Resolução 181/2017 foi objeto de pauta, na qual foi formalizada a necessidade de reforma do texto do referido ato normativo, atendendo as pretensões da AMB e da OAB, como, por exemplo, a inserção dispositivo referente a apreciação judicial de todo o acordo celebrado pelo representante ministerial.

Como resultado, o CNMP, através da Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018, modificou a norma impugnada acolhendo-se, supostamente, os questionamentos veiculados nas ADIs supramencionadas.

Por tratar-se de questão complexa envolvendo a OAB, a AMB, o CNMP e até o Congresso Nacional, o debate estendeu-se de tal forma que o ANPP previsto no ato normativo inspirou o legislador que o inseriu no art. 28-A, do Código de Processo Penal, a partir da reforma promovida pela Lei n.º 13.694/19.

Em 07/05/2020, o atual Procurador Geral da República opinou nos autos das ADIs pela continência da ADI 5793, voltada ao questionamento parcial da Resolução 181/2017 do CNMP, em relação à ADI 5790, mais abrangente, bem como pela perda do objeto das ações diretas quanto aos arts. 2º, IV; 6º, §§ 2º e 3º; 18 e 19; todos do referido ato normativo, após as alterações promovidas pela Resolução 183/2018, do CNMP, vez que os art. 28 e 28-A do CPP, com a redação conferida pela Lei 13.964/2019, por terem tratado da investigação criminal pelo Ministério Público e da possibilidade jurídica do acordo de não persecução penal.

Importante observar que, após esse parecer do PGR, a AMB protocolizou pedido de desistência da ADI 5790 por reconhecer a perda superveniente do objeto e, no que concerne à ADI 5793, o Conselho Federal da OAB manifestou-se pela perda parcial do objeto quanto ao art. 18 da Resolução 181/2017 e reiterou o pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, V, da mesma Resolução.

Dessa forma, o acordo de não persecução penal foi inserido no Código Processo Penal com a seguinte redação em comparação à Resolução 181/2017, com redação dada pela Resolução 183/2018, ambas do CNMP:

28-A do Código de Processo Penal (incluído pela Lei n.º 13.964/2019)	Resolução 181/2017 (com redação dada pela Resolução 183/2018, ambas do CNMP)
Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente	Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.
I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo	I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;	II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
III - 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, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);	III – 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 Ministério Público;
IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), 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; ou	IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;
V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.	V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.
§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.	§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.
§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.	§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95 ¹⁰² ; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;
§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.	§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.
§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.	§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.
§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério	§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão

¹⁰² Lei n.º 9.099/95, art. 76, “§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.”

Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.	superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.
§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.	§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.
§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.	Sem correspondência
§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.	Sem correspondência
§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.	§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.
§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.	§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.
§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.	§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.
§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.	Sem correspondência
§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.	§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.
§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.	Sem correspondência

3.2 Conceito

O acordo de não persecução penal (“ANPP”) é um negócio jurídico extraprocessual, celebrado entre o titular da ação penal pública e o autor da infração penal, assistido por seu procurador, que deve ser homologado judicialmente.

Por meio do ANPP, o autor do delito que confessou voluntariamente, formal e circunstanciadamente o crime, assume o compromisso de se sujeitar às condições não privativas de liberdade, recebendo, em contrapartida, o compromisso do Ministério Público em não oferecer denúncia, declarando-se ao final a extinção da punibilidade se a avença for integralmente cumprida perante o juízo das execuções criminais.

No recente julgamento do HC 607003/SC, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça, conceituou o acordo de não persecução penal da seguinte forma:

“Em síntese, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa.”¹⁰³

3.3 Natureza jurídica

Pode-se afirmar que o acordo de não persecução penal possui natureza jurídica despenalizadora, por mais que sua norma possua, à priori, natureza processual. Isso porque, essa norma, além da natureza processual, apresenta consequência penal, qual seja, a extinção da punibilidade, no qual o *ius puniendi* permanece incólume até que, com o cumprimento das condições estipuladas, seja declarado extinto pelo juízo das execuções criminais.

Enquanto isso não ocorre, cogita-se a ideia distante de que o instituto possui natureza jurídica “desprocessualizadora”, visto que no período de efetividade do acordo e seu efetivo cumprimento, há óbice à deflagração da ação penal.

No entanto, a natureza jurídica despenalizadora se mostra clara, eis que por meio da celebração e satisfação das condições, o processo penal, compreendido pelo instrumento através do qual é exercida a jurisdição para a concretização do “*ius puniendi*”, não é permitido, com o intuito de que não seja imposta a pena ao indivíduo. Nesse sentido:

“Aparentemente, a natureza jurídica do acordo de não persecução penal seria uma causa de extinção de punibilidade, pois o § 13 do art. 28-A, incluído no

¹⁰³ STJ; HC 607003/SC; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Quinta Turma; julgamento em 24/11/2020. (Informativo n.º 0683 do STJ, publicado em 18/12/2020. Disponível no link: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270683%27>>. Acesso em 24 mar 2021).

referido diploma adjetivo pela nova lei, previu que “Cumprido o integralmente o acordo não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade.”¹⁰⁴ (BARROS, 2020, p. 85)

3.4 Requisitos para a proposta

O artigo 28-A, caput, do CPP estipula cinco requisitos que devem ser preenchidos cumulativamente para que seja possível o acordo de não persecução penal, são eles: (i) não ser o caso de arquivamento; (ii) confissão formação e circunstanciada; (iii) infração penal praticada sem violência ou grave ameaça; (iv) infração penal com pena mínima cominada em abstrato inferior a 04 anos; e (v) necessidade e suficiência para reprovação da infração penal.

Como a doutrina tem se posicionado de diversas formas acerca do acordo de não persecução penal, há aqueles que afirmam a existência de mais quatro requisitos presentes ao longo dos parágrafos do artigo 28-A do CPP, os quais, a meu ver, enquadram-se como hipóteses legalmente previstas que vedam a propositura da benesse ou, se encarados como requisitos, devem ser esses considerados negativos.

3.4.1 Indícios suficientes de autoria e materialidade

O primeiro requisito decorre do trecho “*não sendo o caso de arquivamento*”, do qual se verifica que não deve ser proposto o acordo de não persecução penal em caso de arquivamento do inquérito criminal ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, mas, sim, quando couber o oferecimento da exordial acusatória.

Dessa forma, é possível extrair que o acordo de não persecução penal é uma alternativa, é uma opção para o órgão do Ministério Público, no caso de ser cabível a deflagração da ação penal pública.

Em que pese o CPP restar silente acerca das hipóteses autorizativas do arquivamento do procedimento investigatório, precisou nos art. 395 e 397 as hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária, ou seja, quando não deveria ter sido oferecida a denúncia ou queixa-crime, mas deveria ter se ordenado o arquivamento, são elas: (i) a falta pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (CPP, art. 395, II); (ii) a falta justa causa para o exercício da ação penal (CPP, art. 395, III); (iii) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude (CPP, art. 397, I); (iv) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo a inimputabilidade (CPP, art. 397, II); (v) o fato narrado evidentemente

¹⁰⁴ BARROS, Francisco Dirceu. Op.cit., 2020. p. 85

não constituir crime (atipicidade) (CPP, art. 397, III); e, (vi) a existência de causa extintiva da punibilidade (CPP, art. 397, IV e art. 61).

3.4.2 Confissão formal e circunstanciada

O segundo requisito vislumbrado no caput do art. 28-A é a confissão formal e circunstanciada, ou seja, o autor da infração penal deve realizar voluntariamente admissão simples de sua culpa, verossímil, consistente e reduzida a termo perante a autoridade policial ou ministerial.

No que tange ao momento em que a confissão deve ser realizada, a lei não coloca qualquer óbice, não sendo plausível que o órgão do Ministério Público deixe de realizar a proposta para o investigado que não tenha admitido culpa até o início da ação penal. Inclusive, nesse sentido é o enunciado 13, aprovado na I Jornada de Direito e Processo Penal, do Conselho da Justiça Federal, o qual prescreve que: *“A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinio delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal.”*

A meu ver, além da confissão simples, aproveita-se a confissão parcial, na qual o investigado admite sua culpa em parte de delito plurissubsistente ou de uma das infrações averiguadas no procedimento investigatório, como, por exemplo, dois furtos continuados, no qual o indiciado confessa a primeira subtração, mas não a segunda. Nessa situação, o concurso de crimes deveria ser afastado, por conta de opção feita pelo próprio autor do delito, sendo possível a utilização da confissão para a propositura do ANPP em relação ao primeiro furto, restando o oferecimento da denúncia ou a dilação probatória ao segundo crime.

Acerca da confissão qualificada, Rômulo de Andrade Moreira afirma que:

“Se o investigado confessa a autoria, mas indica a fato que lhe favoreça (como, por exemplo, excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou mesmo eximentes de pena), não há obstáculo legal para a formalização do acordo. Neste sentido, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a chamada “confissão qualificada” deve ensejar a aplicação da atenuante prevista no art. 65, inc. III, “d” do CP. Ora, se ela serve para atenuar a pena, porque não serviria para admitir o acordo?”¹⁰⁵ (2020, p. 160)

No meu entendimento, de modo contrário às confissões simples e parciais, a confissão qualificada, em que o indiciado admite a culpa pelo delito e alega a existência de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, não deve ser aproveitada, eis que ao mesmo tempo em que o indivíduo admite a autoria do fato típico, cria argumento destrutivo de um fato

¹⁰⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. p.160

culpável e/ou ilícito e, portanto, a depender do caso concreto, dá margem à eventual arquivamento de procedimento investigatório ou necessário oferecimento da denúncia, para descaracterização da tese não crível apresentada na confissão.

Além disso, verifica-se que existem precedentes da Suprema Corte no sentido de que: “A confissão qualificada não é suficiente para justificar a atenuante prevista no art. 65, III, ‘d’, do Código Penal (Precedentes: HC 74.148/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 17/12/1996 e HC 103.172/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24/09/2013).”¹⁰⁶

Importante observar, também, que, a previsão legal do requisito da confissão no *caput* do art. 28-A do CPP, não deve ser entendida como violação da garantia constitucional penal ao silêncio, considerando tratar-se de ato voluntário e espontâneo do investigado. A esse respeito, Rodrigo Leite Ferreira Cabral afirma que:

“a confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução não importa em violação ao direito do investigado ao silêncio, uma vez que ela não é produzida em virtude de uma ameaça ou qualquer forma de pressão que afete a liberdade e voluntariedade do investigado, que, como sujeito de direitos, pode optar por celebrar o ANPP como estratégia para evitar o processo e possível pena.”¹⁰⁷ (2020, p. 220)

Não obstante, é imprescindível abordar a discussão referente ao aproveitamento da confissão como prova para condenação em caso de descumprimento do acordo de não persecução.

Entendendo que o investigado realiza a admissão de culpa formal e circunstanciada, na presença do defensor do investigado e confirmada sua voluntariedade pelo juízo em audiência, a fim de alcançar o acordo com o órgão do Ministério Público para se beneficiar e galgar a extinção da punibilidade, a confissão deveria ser aproveitada posteriormente para corroborar o conjunto probatório em desfavor ao réu se descumpridos os termos e deflagrada a ação penal.

Nesse sentido, corrobora o enunciado 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “*Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).*”

¹⁰⁶ STF; RHC 186084/RS; Rel. Min. Celso de Mello; julgamento em 18/08/2020; DJe: 09/09/2020.

¹⁰⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: Acordo de não persecução penal. Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli (orgs.) Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020.

Em sentido contrário a esse entendimento, o posicionamento majoritário é no sentido de que a confissão realizada para a celebração do acordo de não persecução penal não deve ser aproveitada de forma alguma para lastrear condenação em caso de descumprimento das condições se não for ratificada na audiência de instrução e julgamento, considerando que, assim como a confissão realizada em solo policial, é extrajudicial e desprovida da mesma carga probatória que admissão de culpa realizada ou ratificada em juízo.

Acerca da confissão extrajudicial, Guilherme de Souza Nucci comenta que:

a confissão extrajudicial, não contando com as garantias constitucionais inerentes ao processo, especialmente o contraditório e a ampla defesa, é apenas um meio de prova indireto, isto é, um indício. Deve ser reputada inconsistente para condenar uma pessoa, caso venha isolada no bojo dos autos.¹⁰⁸ (2017, p. 520)

3.4.3 Crime praticado sem violência ou grave ameaça

O exigido pela lei é a possibilidade do acordo de não persecução penal ser proposto somente às infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça, eis que, por opção de política criminal do legislador, entendeu-se que a gravidade abstrata dos delitos em que a violência ou grave ameaça estão previstos na conduta descrita no tipo penal impede o afastamento da apreciação pelo Poder Judiciário.

Verifica-se que a “violência” prevista no caput do art. 28-A do CPP se restringe aos tipos penais dolosos, podendo, assim, figurar como oblatos nas ofertas de acordo de não persecução penal, os autores de crimes cometidos à título de culpa e cujo resultado é violento, como, por exemplo, o homicídio culposo.

Nesse sentido é o Enunciado 23 do CNPG e do GNCCRIM:

“É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.”

3.4.4 Pena mínima inferior a quatro anos

O quarto requisito estabelecido pelo legislador foi inserido no caput do referido dispositivo, com complemento descrito em seu § 1º com o intuito de vedar eventual proposta de acordo à autores de infrações penais mais relevantes, cuja “importância” ou gravidade é mensurada a partir da pena mínima de 04 (quatro) anos cominada em abstrato no tipo penal ao qual a conduta se subsume, aplicando as causas de aumento ou diminuição peculiares ao caso

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 520.

concreto, que podem possuir limites variáveis, cujo parâmetro deve ser a maior diminuição e a menor exasperação.

O exemplo mais palpável desse requisito é o crime previsto no caput e no § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos (n.º 11.343/06), cuja sanção reclusiva mínima prevista é de 05 (cinco) anos, podendo ser minorada de um sexto a dois terços por força da causa de diminuição do § 4º, totalizando, assim, pena mínima aplicável de um ano e oito meses.

Nesse sentido é o enunciado n.º 29 do CNPG e do GNCCRIM:

“Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados n.º 243^[109] e n.º 723^[110], respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.”

Além disso, necessário observar que em caso de concurso de crimes a pena mínima a ser aferida é a global, isto é, na hipótese de concurso material deve ser realizada a soma das penas mínimas cominadas em abstrato para os delitos cometidos pelo investigado e diante de concurso formal ou de crime continuado, majorá-la em 1/6 (um sexto) as penas mínimas cominadas em abstrato previstas para os crimes perpetrados.

3.4.5 Necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime

O quinto requisito para a propositura do ANPP decorre do seguinte trecho: “o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, que revela o caráter retributivo preventivo do instrumento.

A partir desse segmento do texto legal, verifica-se que é estipulada condição subjetiva e cláusula aberta de controle, visto que concede ao Ministério Público a possibilidade de se negar a formular proposta ao investigado, pois deverá ponderar previamente e fundamentar se o acordo “é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” no caso concreto.

Esse trecho revela que o Estado não renunciou ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos. Nessa senda, pode o órgão do Ministério Público deixar de propor o acordo de não persecução penal ao investigado que cometeu delito que se mostre incompatível com as condições a serem ajustadas, da mesma forma que o magistrado

¹⁰⁹ STJ, Súmula 243: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

¹¹⁰ STF, Súmula 723: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.”

não deve ser benevolente ao proferir sentença condenatória impondo reprimenda que se mostre insuficiente para a reprovação do fato criminoso.

Nesse sentido, Paulo Henrique Fuller observa que “a necessidade e suficiência para reprovação do crime deve ser aferida a partir do conjunto de circunstâncias judiciais contidas no art. 59, caput, do CP (culpabilidade *lato sensu*)”¹¹¹ (2020, p. 161)

Conforme bem coloca Inacio de Carvalho Neto:

“O conceito de necessidade e suficiência para a reprovação do crime é também uma questão de Política Criminal, como bem deixou evidenciado a Exposição de Motivos da Lei n.º 7.209/1984:

“50. [...] A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para ‘reprovação e prevenção do crime’. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas consequências lógicas.”¹¹² (2013, p. 91)

3.5 Hipóteses vedatórias (requisitos negativos)

Como exposto no item “3.4” do presente estudo, ao longo dos parágrafos do artigo 28-A estão dispostas hipóteses vedatórias à propositura do acordo de não de não persecução penal. Essas hipóteses proibitivas ou requisitos legais negativos podem ser classificadas de duas formas: (i) quanto ao autor do fato; e (ii) quanto ao fato criminoso. Veja-se:

3.5.1 Quanto ao autor do fato:

3.5.1.1 Reincidência, conduta criminosa habitual, profissional ou reiterada

O art. 28-A, § 2º, inc. II do CPP prevê hipótese de vedação à propositura do acordo de não persecução penal quando for constatado que o investigado é comprovadamente reincidente ou se houver elementos probatórios colhidos durante a investigação criminal que “indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.”

Entretanto, a parte final desse dispositivo é muito controversa, vez que se considerados insignificantes os fatos pretéritos, a tipicidade material estaria afastada não subsistindo infração, somente fato irrelevante ao direito penal. Assim, se possível conferir outro sentido à “insignificantes as infrações penais”, poderia ser interpretado como contravenções penais, por

¹¹¹ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia; Fuller, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. Lei anticrime comentada: Artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 161

¹¹² CARVALHO NETO, Inacio de. Aplicação da pena. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Método, 2013. p. 91

não gerarem efeitos relativos à reincidência se o crime é posterior, ou ainda, infrações de menor potencial ofensivo, conforme se extrai do Enunciado n. 21¹¹³ do CNPG e do GNCCRIM.

Entende-se por reincidente aquele indivíduo que comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63 do CP), não prevalecendo a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação e os crimes militares próprios e políticos.

Julio Fabbrini Mirabete observa que: *“De acordo com a doutrina, são duas espécies de reincidência: a real, que ocorre apenas quando o agente cumpriu a pena correspondente ao crime anterior, e a ficta, que existe com a simples condenação anterior.”*¹¹⁴ (2015, p. 295)

Conforme o enunciado 20 da Procuradoria Geral de Justiça e da Corregedoria Geral do Ministério Público de São Paulo acerca da Lei n.º 13.964/19: “A expressão “conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional”, prevista no inciso II do § 2º do art. 28-A do CPP, deve ser entendida como a habitualidade criminosa, a ser verificada no caso concreto.”

Por “conduta criminal habitual” deve-se entender a repetição frequente, costumeira da infração penal por parte do delinquente, como um padrão comportamental. Já a “conduta criminal reiterada” pressupõe ao menos uma segunda infração penal, de tipologia legal homogênea (adequação ao mesmo modelo legal de conduta, abrangendo as formas simples, qualificada e privilegiada do mesmo tipo penal), praticada pelo mesmo sujeito, mas agora prescindindo da reincidência e da habitualidade criminosa¹¹⁵.

No que concerne à “conduta criminal profissional” verifica-se que o indivíduo além da habitualidade visa auferir lucro de sua atividade criminosa, como, por exemplo, nos crimes previstos nos artigos 230 (rufianismo) e 282, parágrafo único (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica), ambos do CP.

¹¹³ CNPG e GNCCRIM, Enunciado 21. *“Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo”*

¹¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 31ª ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2015. São Paulo, Atlas: 2015. p. 295

¹¹⁵ JUNQUEIRA, Gustavo [et al]. Op. cit., 2020. p. 161

3.5.1.2 Ter sido o autor do fato beneficiado com acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, nos últimos cinco anos

Para o oferecimento do acordo pelo Ministério Público é necessário que o agente não tenha sido beneficiado nos 05 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, como o acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, conforme previsto no art. 28-A, §2º, III, do CPP.

Esse dispositivo veda o desvirtuamento, a corrupção do objetivo do acordo de não persecução penal, vez que a inviabiliza a hipótese do investigado se beneficiar seguidamente dos mecanismos despenalizadores citados no texto legal e das condições que nesses são ajustadas, o que permitiria os criminosos de sempre serem agraciados com a inaplicabilidade da pena prevista no tipo e dos efeitos negativos das condenações.

3.5.2 Quanto ao fato criminoso:

3.5.2.1 Infrações penais que possam ser agraciadas com a transação penal

Esse requisito estabelecido pelo legislador é a prevalência da transação penal em relação ao acordo de não persecução penal, ou melhor, quando couber a transação penal é inaplicável o negócio jurídico previsto no Estatuto Processual Penal.

O instituto da transação penal está disposto no art. 76 da Lei n.º 9.099/95 e sua aplicação se restringe à fase preliminar ao início da ação penal dos delitos cujo julgamento é de competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95, art. 60), quais sejam, as infrações de menor potencial ofensivo, compreendidas pelas contravenções penais e pelos crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos (Lei n.º 9.099/95, art. 61).

Dessa forma, só é possível a conclusão de que é viável a proposta do acordo de não persecução penal às infrações penais de menor potencial ofensivo quando ocorrer o deslocamento da competência do Juizado Especial Criminal por conexão ou continência ao Juízo Comum e a soma das infrações penais ou sua majoração no menor patamar não superar a pena mínima de 04 (quatro) anos cominada em abstrato.

3.5.2.2 Crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino

Essa hipótese que veda a propositura do acordo de não persecução penal concerne à opção de política criminal realizada pelo legislador que vem se desenvolvendo positivamente e que consistente na inaplicabilidade do instituto aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Ao analisar o sistema legal de proteção das mulheres e das vítimas de violência doméstica, verifica-se que o legislador e o aplicador do direito apontam um recrudescimento penal necessário para os autores de crimes praticados nesse âmbito, como, por exemplo, o artigo 41 da Lei n.º 11.340/06 que veda a aplicação da Lei n.º 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher e o enunciado da súmula 536 do STJ que prevê que: “a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”

Dessa forma, não seria lógico por parte do legislador inviabilizar a concessão de benesses despenalizadoras previstas na Lei n.º 9.099/95 e permitir que o agente fosse agraciado com o acordo de não persecução no juízo comum. Se assim não fosse feito, em outras palavras, vedar-se-ia a transação penal e a suspensão condicional do processo para a um crime de ameaça cometido contra a mulher, mas não um acordo de não persecução penal em caso de injúria qualificada em que se depreciou o gênero feminino.

A primeira parte do art. 28-A, §2º, IV do CPP é referente à violência doméstica e familiar prevista nos arts. 5º e 7º da Lei n.º 11.340/06, sendo insignificante qual o gênero da vítima, e a segunda parte faz alusão aos crimes cometidos razão da condição de sexo feminino, cuja vítima é mulher, na mesma linha adotado na qualificadora do feminicídio disposta no art. 121, §2º, inc. VI do Código Penal.

3.6 Condições a serem ajustadas

Reunidos os requisitos expostos acima, o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal, mediante a estipulação de condições preestabelecidas no rol do art. 28-A, inc. I a V do Código de Processo Penal, ajustadas cumulativa e alternativamente, a seu critério, considerando sempre a suficiência para reprovação e prevenção do crime.

Cabe aqui ressaltar que, as condições a serem propostas pelo acordo, por mais que se assemelhem às penas alternativas previstas na legislação penal, não possuem o caráter de pena propriamente dita, por estarem ausentes os atributos fundamentais para aplicação de uma sanção de natureza penal.

Desse modo, é necessário frisar que o legislador por meio acordo de não persecução penal não transmite ao Ministério Público o “*ius puniendi*” pertencente ao Poder Judiciário, somente faculta de maneira regrada aos membros da instituição o poder de optar entre a ignição da ação penal e a celebração do acordo.

A partir da celebração do acordo de não persecução penal são assumidas voluntariamente obrigações pelo aceitante, determinadas nas condições estipuladas na negociação com o *Parquet*, as quais se descumpridas, ensejam necessariamente a busca pela tutela jurisdicional acionada pelo oferecimento da exordial acusatória.

3.6.1 Reparação do dano ou restituir a coisa à vítima

O art. 28-A, inc. I do CPP trata da reparação do dano e logo após dá a possibilidade de restituição da coisa, remetendo o intérprete desatento à ideia de que termo “dano” restringe-se ao material. No entanto, a depender da conduta criminosa e seu eventual resultado geram danos não só materiais, mas de qualquer espécie, como, também, imaterial individual (moral, estético ou existencial), quer seja imaterial transindividual (danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Essa última hipótese de dano, por mais que possível, dificilmente será aplicada considerando os crimes cujo bem jurídico tutelado é de interesse difuso, coletivo, ou individual homogêneo, como, por exemplo, o cometimento de crime inculpido no art. 33 da Lei n.º 9.605/98. Vejamos uma situação hipotética:

A emissão de efluentes ou carreamento de materiais em um rio determinada pelo sócio administrador de uma fábrica que provoca o perecimento de espécimes da fauna aquática ali existente, impossibilitando que pescadores locais utilizem o referido rio para seu sustento.

Nesse caso, é possível que, além da responsabilização penal, o Ministério Público busque por meio de ação civil pública a responsabilização civil da empresa, sendo facultado aos pescadores lesados a habilitação como litisconsorte (CDC, art. 94) ou realizar o “*transporte in utilibus secundum eventum litis*” da sentença do processo civil “coletivo” para a apuração do dano individual sofrido.

Além disso, não se pode olvidar a um aspecto prático relevante, qual seja, a impossibilidade de condições para reparar o dano. Conforme ensina Luiz Flávio Gomes (apud BARROS, 2020):

“Quando não for possível nenhum tipo de reparação, urge então a fixação de outras condições que possam ensejar sua ressocialização por outras vias. O importante é que se dê mostras de boa vontade, de respeito ao ser humano e

aos valores constitucionalmente reconhecidos (dignidade, justiça, solidariedade, etc.)”¹¹⁶

3.6.2 Renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime

A condição prevista no inciso II do art. 28-A exige a renúncia voluntária dos “instrumentos (mecanismos utilizados para a prática do delito), produto (objeto ou direito resultante diretamente do cometimento do crime) ou proveito (tudo o que resulta de lucro advindo do delito, de maneira indireta) do crime”.

O Ministério Público antes da celebração do acordo, no momento da proposta ou anterior a essa, deve indicar ao quais bens e direitos dentre os acima mencionados que o aceitante deve entregar voluntariamente, isto é, sem que haja qualquer coação. Nesse sentido comenta Pedro Henrique Fuller:

“A condição de o investigado renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime apresenta correspondência com pena restritiva de direitos de perda de bens e valores (art. 5º, XLVI, b, da CF; arts. 43, II, e 45, § 3º, do CP).”¹¹⁷ (2020, p. 165)

3.6.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Preconiza o art. 28-A, inc. III a terceira condição possível de ser estipulada no acordo de não persecução penal, qual seja, “*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, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)*”;

Existem dois pontos relevantes a serem abordados na análise dessa condição: o tempo a ser fixado para o cumprimento da condição e por quem será determinada a prestação de serviço.

No que concerne ao tempo em que o investigado deverá prestar serviço à comunidade ou à entidade pública, a diminuição prevista no inciso III de um a dois terços da pena mínima cominada ao delito apresenta-se como um estímulo a aceitação da proposta pelo investigado. Isso, porque, o art. 44 do Código Penal somente permitiria a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a ser descontada por período equivalente ao da reclusiva.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. Suspensão condicional do processo penal. Ed. RT, 1995, p. 186 *APUD* BARROS, Francisco Dirceu. op. cit., 2020, p. 119.

¹¹⁷ JUNQUEIRA, Gustavo; [et. al.]. op. cit. 2020, p. 165.

Se o agente estiver sendo investigado por subtração de semovente domesticável de produção (155, § 6º do CP), a aceitação da condição da prestação de serviço à comunidade lhe é benéfica considerando que se a pena mínima cominada ao delito cometido, qual seja, 03 (três) anos for minimamente diminuída (um terço), o investigado deverá cumprir a condição em 02 (dois) anos, em vez de ver-se condenado, na melhor das hipóteses, à pena mínima que será substituída por restritiva de direitos a ser descontada pelo período da condenação, ou seja, 03 (três) anos.

No que tange à indicação do local onde irá ser cumprida a prestação de serviço, o legislador optou em delegar essa função ao juízo da execução, o que se mostra razoável a meu ver, tendo em vista que após homologado o acordo, caberá ao juízo das execuções criminais a execução devida das condições e não ao órgão do Ministério Público ou ao juízo de conhecimento que seria competente para eventual processo penal.

Além disso, ensina Renato Brasileiro Lima que: “Por se tratar de condição para a celebração do acordo de não persecução penal, e não de pena restritiva de direito, seu descumprimento jamais poderá acarretar a conversão em pena privativa de liberdade;”¹¹⁸

3.6.4 Prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social

A quarta condição a ser ajustada encontra-se prevista no art. 28-A, inc. IV, do CPP, qual seja, *“pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), 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 condição não trata de inovação no ordenamento jurídico penal pátrio a não ser por quem deve ser fixada a condição. A pena de prestação pecuniária prevista no art. 45 do CP deve ser fixada pelo juízo da condenação, o que não ocorre em relação a condição do inc. IV do art. 28-A, que deverá ser indicada pelo juízo da execução, assim como ocorre na prestação de serviço anteriormente analisada.

Em relação a destinação dos valores, Francisco Dirceu Barros observa que:

“Esse é um dos aspectos práticos mais relevantes do Acordo de Não Persecução Penal, posto que os valores a serem pagos a título de prestação pecuniária devem ser, preferencialmente, a entidades voltadas à prevenção de

¹¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual.. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 284.

crimes, apoio às vítimas de delitos, ou ligadas a direitos das crianças e dos adolescentes. Aqui as possibilidades são amplas.”¹¹⁹

3.6.5 Cumprimento de outra condição indicada pelo Ministério Público

No que tange à última possibilidade de condição estipulada pelo legislador¹²⁰, imperioso afirmar que não se trata de criação de mecanismo legal para o Ministério Público estipular condições aleatórias a seu critério e de cunho sancionador, mas para que o membro do *Parquet* indique condições que façam o investigado demonstrar autodisciplina e responsabilidade; por exemplo, o investigado dependente de entorpecente ter que comprovar tratamento médico para curar sua condição de drogadição e vício.

Em sentido contrário ao referido posicionamento, Francisco de Barros Dirceu afirma que: “[...] a terminologia “outras condições” estaria vinculada a medidas já indicadas em outras leis “como por exemplo, a perda de bens e valores, a interdição temporária de direitos e a limitação de final de semana.”¹²¹

3.7 Recusa ministerial

De acordo com o §14 do art. 28-A do CPP, caso o membro do Ministério Público se recuse a propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer ao juiz a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 do mesmo diploma legal, para que seja analisada a possibilidade de lhe ser proposto o acordo, negado pelo promotor de justiça.

Observa-se que o atual art. 28 do CPP com redação dada pela Lei n.º 13.694/19, foi suspenso na citada decisão monocrática nos autos da ADI 6305, vigorando a redação revogada enquanto perdurar a cautelar, tendo em vista que o “novo art. 28” viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas, além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos e que não houve tempo hábil para que os Ministérios Públicos se mobilizassem para possibilitar a implementação adequada da nova sistemática de arquivamento do procedimento investigatório.

Desse modo, por ora a solução que se mostra mais adequada é a analogia a Súmula 696 do STF que prevê que: “*Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá*

¹¹⁹ BARROS, Francisco Dirceu. *Op. cit.* 2020, p. 124.

¹²⁰ CPP, art. 28-A, inc. V. – “cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.”

¹²¹ BARROS, Francisco Dirceu. *Op. cit.* 2020, p. 125.

a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

Considerando tratar-se de instituto despenalizador similar à suspensão condicional do processo penal e da transação penal, dos quais, inclusive, o entendimento sedimentado na jurisprudência é de que, uma vez negada a elaboração da proposta, cumpre aplicar o art. 28, caput, do CPP, a fim de que o órgão ministerial de revisão possa dar a palavra final.

Além disso, há a discussão quanto a obrigatoriedade da propositura do acordo ao réu que será analisada no item “3.10.1” do presente estudo.

3.8 O juiz e o ANPP

3.8.1 Homologação e recusa do juízo

De acordo com o §3º, do art. 28-A do CPP, aceita pelo investigado a proposta do acordo de não persecução penal, esse deverá ser formalizado por escrito, firmado pelo proponente, pelo aceitante e por seu defensor.

Para a homologação do negócio jurídico, deverá ser designada audiência específica para este fim, na qual o magistrado verificará sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade, conforme prevê o § 4º do art. 28-A, CPP.

Esse ato solene para a homologação do acordo de não persecução penal deve ser realizado à priori pelo juiz do processo¹²². Entretanto, formado o *opinio delicti* e reunidos os requisitos para a proposta, poderá o membro do Ministério Público oferecer o acordo no momento da audiência de custódia após realizada a audiência regular para verificação da legalidade da prisão.

Cumprido, ainda, observar que os juízes e promotores de justiça plantonistas e da audiência de custódia realizada aos finais de semana e feriados não podem ser considerados competentes para a propositura e homologação do acordo, tendo em vista que não são os magistrados e promotores de justiça naturais e suas atuações estão restritas à verificação da legalidade da prisão em flagrante.

Homologado judicialmente o ANPP o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal, devendo a vítima ser intimada da decisão homologatória.

¹²² Entende-se que o juiz do processo é o competente, vez que a Lei, na parte referente ao juiz das garantias, encontra-se suspensa, por força da decisão monocrática proferida pelo Min. Rel. Luiz Fux, que acolheu parcialmente pedido cautelar na ADI 6.305.

Observa-se que essa decisão possui natureza declaratória, que versará apenas sobre a voluntariedade e a legalidade da medida e, se porventura o juiz estender ou limitar sua decisão ao conteúdo do acordo, certamente haverá violação ao princípio da imparcialidade.

O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º, conforme disciplina o § 7º, todos do art. 28-A do CPP

O art. 28-A, § 5º, do CPP, dispõe que, caso o juiz entenda que as condições são inadequadas, insuficientes ou abusivas, o promotor de justiça com a anuência do investigado e do seu defensor, podem retificar os termos do acordo de não persecução penal e devolvê-lo ao juízo.

É facultado, ainda, ao proponente, ao aceitante e ao seu defensor, que optem, em conjunto, por manter as condições previamente estipuladas, insistindo no acordo elaborado, que caso seja recusado novamente pelo juiz, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações, o oferecimento da denúncia (CPP, art. 28-A, § 8º).

Da decisão que recusar a homologação do acordo de não persecução penal caberá a interposição de recurso em sentido estrito pelo investigado e seu defensor ou pelo Ministério Público, conforme previsto no art. 581, inc. XXV, do CPP.

Caso o proponente desistência do acordo, como lhe é possibilitado, o membro do Ministério Público poderá requer a dilação probatória no procedimento investigatório ou o oferecimento da denúncia.

Cumprе ressaltar que, aos 20 de janeiro de 2020, durante período de *vacatio* da Lei n.º 13.694/19, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (“CONAMP”), ajuizou, perante o STF, ação direta de inconstitucionalidade, distribuída sob o n.º 6305, na qual pretende-se a supressão dos artigos 3º-A, 3º-B (incs. IV, VIII, IX, X e XI, alíneas ‘d’ e ‘e’), parágrafo único do artigo 3º-D, o art. 28 e o artigo 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º e o § 4º do art. 310, do CPP, incluídos ou modificados pela citada lei, por ofensa aos artigos 5º, inc. LXI, 125, 127 e 129, da Constituição Federal, bem como o sistema acusatório e os princípios da isonomia, da razoabilidade, da autonomia do Ministério Público e da proporcionalidade, com pedido de medida cautelar de suspensão da eficácia desses artigos.

Em relação aos parágrafos 5º, 7º e 8º do art. 28-A do CPP, tratados acima, o CONAMP alegou que, nos referidos dispositivos é estabelecido controle inadequado e inconstitucional dos acordos por parte dos magistrados havendo violação da independência funcional dos membros do Ministério Público.

Nesses parágrafos a atuação dos juízes escapa da dimensão homologatória e fiscalizatória do plano da legalidade formal, para invadir um patamar de mérito indevido, estabelecendo um controle que não encontra mais base no sistema constitucional brasileiro, por desafiar a ideia do sistema processual acusatório.

Em decisão monocrática, o Ministro Relator Luiz Fux, afirmou que a questão suscitada pela CONAMP se trata de medida que prestigia uma espécie de “freios e contrapesos” no processo penal.

Entendeu o Ministro relator que o magistrado não pode intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo, visto que o juiz poderá somente: não homologar ou devolver os autos para que o *Parquet* apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia.

3.8.2 Juízo das execuções penais

O § 6º do artigo 28-A do CPP determina que: “*Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.*”

Antes de adentrarmos a análise da execução do acordo de não persecução penal, necessário ressaltar a crítica apresentada por Francisco Dirceu de Barros:

“Totalmente atécnica a previsão de execução perante o juízo de execução penal de uma conduta ajustada, que como já relamos, não é penal. O direito consensual não admite coação para o cumprimento de uma conduta ajustada, portanto, não é possível a execução da medida acordada; tudo deve ser realizado por meio do consenso.”¹²³ (2020, p. 155)

No entanto, por mais que correta a referida crítica, esse posicionamento não acolhido pelo legislador, que determinou o juízo das execuções penais como o competente para fiscalizar o cumprimento do acordo de não persecução penal.

Estabelece o art. 65 da Lei de Execução Penal que “A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.”

No Estado de São Paulo, conforme disposto no art. 528 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça: “A competência do juízo da execução penal é estabelecida pelo local do cumprimento da pena imposta.”

Entretanto, o art. 530 do referido texto estipula regra que prepondera em relação ao disposto no dispositivo supratranscrito, qual seja: “Sempre que o condenado passar a cumprir

¹²³ BARROS, Francisco Dirceu. *Op. cit.* p. 155.

pena ou fixar residência em localidades diversas daquele onde teve início a execução, os respectivos autos serão imediatamente remetidos ao juízo competente para o prosseguimento.”

Desse modo, superada a análise da competência territorial do juízo das execuções penais, cumpre observar que quando a condição estipulada pelo órgão do Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução penal consistir em obrigação que pode ser cumprida instantaneamente (reparação do dano, restituição dos bens e/ou prestação pecuniária), não se vislumbra a necessidade de ação de execução perante o juízo de execução penal, cabendo ao juízo de conhecimento que homologou o negócio jurídico declarar a extinção da punibilidade se cumpridos os termos.

3.8.3 Descumprimento do acordo

Quanto ao descumprimento do acordo de não persecução penal, o CPP prevê no § 10 do art. 28-A que: “Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.”

Desse modo, na hipótese de descumprimento das condições avençadas, o Ministério Público comunicará o juízo que homologou o acordo, para que seja proferida decisão de rescisão. Nesse sentido é o enunciado 28 do CNPG e do GNCCRIM:

“Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal.”

Após a rescisão do acordo pelo juízo de conhecimento, a vítima deverá ser comunicada acerca da referida decisão e, posteriormente, o promotor de justiça natural poderá oferecer a denúncia, dando início a persecução penal do compromissário que violou o acordo.

Com o descumprimento do acordo de não persecução penal em que já tenha sido prestado serviço à comunidade ou à entidade pública durante um período insuficiente para a extinção da obrigação, surge na doutrina a possibilidade de detração da pena. De acordo com Francisco Dirceu Barros: “Embora a conduta ajustada não tenha a natureza jurídica de pena, podemos usar a analogia e o princípio da não persecução adversarial para permitir a detração.”¹²⁴ (2020, p. 157)

¹²⁴ *Ibidem*. p. 157.

No meu entendimento, o referido posicionamento desvirtuaria o caráter não penal do acordo e, logicamente, da obrigação nele convencionada, considerando, como já dito anteriormente, que o órgão do Ministério Público no momento da celebração do negócio jurídico não está imbuído do “*ius puniendi*”, cabendo, ainda, a persecução penal e a imposição de sanção penal pelo magistrado.

3.9 Efeitos do cumprimento integral do acordo

Consta do art. 28-A, § 13 do CPP que: Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

Com a prática do delito é concretizado “*ius puniendi*” que somente será alcançado por meio da persecução do agente em juízo, isto é, a imposição de qualquer sanção penal depende da ação penal, iniciada por aquele que possui interesse na ação.

Devidamente celebrado o acordo de não persecução penal, o órgão do Ministério Público esbarra em disposição que inviabiliza a propositura da ação penal até que eventualmente seja descumprido o acordo pelo promissário ou que, se integralmente cumpridas as condições estipuladas no negócio jurídico, perpetuará a ausência de interesse do agir do *Parquet* para persecução em juízo.

Dessa forma, ausente condição necessária para a ação penal, inexistente será o “*ius puniendi*”, cabendo a declaração de extinção da punibilidade do agente.

Além disso, prevê o art. 28-A, § 12, do CPP que a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º do ar. 28-A, do mesmo diploma legal, ou seja, somente para que o promissário não seja novamente beneficiado com o referido negócio jurídico por 05 (cinco) anos.

3.10 Questões pertinentes perante a jurisprudência:

3.10.1 O ANPP é direito subjetivo do investigado ou ato discricionário do órgão do Ministério Público?

Foi exposto exhaustivamente ao longo do presente trabalho que o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico celebrado entre o membro do Ministério Público, o investigado e seu defensor. Assim, para que haja validade e eficácia de um negócio jurídico deve haver consentimento dos interessados ou convergência de vontades, que sejam livres de qualquer vício que maculem a voluntariedade dessas manifestações.

Conforme também foi discorrido, o acordo de não persecução penal nasce com o intuito de implementar de fato, ou melhor, desenvolver a justiça negocial no ordenamento jurídico processual penal, propiciando ao Ministério Público, o “*dominus litis*”, a mitigação da obrigatoriedade da ação penal pública e, conseqüente, discricionariedade regrada, que indiscutivelmente revive a independência funcional da instituição.

Além disso, o legislador previu no artigo 28, § 14, do CPP, que diante da recusa ministerial é possibilitado ao investigado requerer ao juiz a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 da mesma Lei, ou seja, a negativa do promotor de justiça será revista no âmbito do Ministério Público, internamente e, à priori, sem a interferência do Judiciário.

Dessa forma, a propositura do acordo de não persecução penal deve ser entendida como ato discricionário do Ministério Público, que em caso de recusa o deverá fazê-lo de forma fundamentada, dando margem à correta aplicação do § 14 do art. 28-A do Código Processual Penal.

De maneira diametralmente oposta, sustenta-se que o acordo de não persecução penal, ainda que seja considerado uma prerrogativa institucional do Ministério Público, foi criado com o propósito de conferir celeridade ao Poder Judiciário para que uma série de crimes não sobrecarregassem as Varas e Tribunais. E que, entender diferente, com início de processos e oferecimento de denúncias, significaria não atender ao propósito da lei.

Ademais, pelo fato do acordo de não persecução penal muito se assemelhar à transação penal e à suspensão condicional do processo, o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal conferido no exame do *sursis* processual e sumulado sob o n.º 696 poderia ser aplicado por analogia ao ANPP.

A esse respeito, cumpre extrair trecho do precedente utilizado para que esse entendimento da Suprema Corte fosse sumulado, também pertinente ao acordo:

O poder de que cogita o artigo 89 "é vinculado e transforma-se em dever quando presentes todos os requisitos legais da medida alternativa. A margem da recusa em se formular a proposta está dada pela lei: são os requisitos da suspensão. Dentro desta margem, o Ministério Público deve atuar. Para se posicionar contra a suspensão deve motivar sua manifestação e essa motivação está atrelada "estritamente" ao ordenamento jurídico".¹²⁵

Conclui-se, portanto, que não haveria possibilidade de o membro do Ministério Público se recusar a propor o acordo de não persecução penal quando preenchidos os requisitos do art. 28-A do CPP, tratando-se de direito subjetivo do réu.

¹²⁵ STF, HC 75343, Min. Rel.: Octavio Gallotti, Min. Rel. p/ Acórdão: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/1997, DJ 18-06-2001.

A meu ver, deve preponderar a tese de que a propositura do acordo de não persecução penal é ato discricionário do Ministério Público, conforme entendimento sedimentado no enunciado 21 da Procuradoria Geral de Justiça e da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo (PGJ-CGMP/SP):

“A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado.”

Corroborar essa tese a lição de Renato Brasileiro Lima:

“Se não se trata de direito subjetivo do acusado, o ideal, então, é concluir que estamos diante de uma discricionariedade ou oportunidade regrada, porquanto somente é lícito ao Ministério Público celebrar a avença se acaso preenchidos todos os requisitos listados pelo art. 28-A, caput e parágrafos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19. Não existe, pois, absoluta liberdade discricionária, posto que tais requisitos deverão ser necessariamente observados, sob pena inclusive de recusa judicial à homologação do acordo (CPP, art. 28-A, §7º).”¹²⁶

3.10.2 O acordo de não persecução penal e as ações já iniciadas

Inicialmente, é necessário frisar que a inovação legislativa promovida pela Lei n.º 13.964/19 no Código de Processo Penal (art. 28-A) possui natureza processual, mas com reflexo penal mais benéfico ao agente, vez que cria hipótese de extinção de punibilidade em seu § 13.

Trata-se, portanto, o referido artigo de “*novatio legis in mellius*” ou “*lex mitior*” e de norma mista ou híbrida, cujo efeito abrange os casos em andamento, alcançando as ações penais já iniciadas na data em que o diploma legal passou a vigorar adquirindo eficácia.

Entretanto, o acordo de não persecução penal não é o primeiro instituto inserido na legislação processual penal, mediante norma mista, com natureza jurídica despenalizadora. A suspensão condicional do processo inserida pela Lei n.º 9.099/95, enfrentou questões análogas às que ora se discutem em relação ao ANPP.

No que concerne ao momento processual a ser estipulado como limite, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 74305, “entendeu que condenado o réu, torna-se inviável a realização dos fins para os quais o instituto do *sursis* processual foi previsto e concebido: evitar a imposição da pena privativa de liberdade e impedir a prolação de sentença penal condenatória.”

¹²⁶ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual.. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 277.

O mesmo entendimento deve ser aplicado ao acordo de não persecução penal, visto que a existência do édito condenatório, ainda que não passado em julgado, obsta a viabilidade de se concretizar qualquer medida despenalizadora constante no instituto, não fazendo sentido celebrar o acordo quando já foi exercido o *ius puniendi* ao jurisdicionado.

Há, também, a possibilidade de limitação do momento processual adequado para a propositura do acordo extraída a partir do primeiro requisito constante do caput do art. 28-A do CPP, qual seja, “não sendo o caso de arquivamento”, mas de oferecimento da denúncia.

Nessa hipótese, a aplicação imediata da lei somente é possível aos casos em que não há processo criminal em curso, visto que deve haver a faculdade entre a deflagração da ação penal e a propositura do ANPP.

Sob esse aspecto, o descabimento da medida na ação penal em curso fica evidente na recusa da homologação, na qual o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (CPP, § 8º do art. 28-A), situação em que é restaurada o “*status quo*”, no qual não havia ação penal em trâmite, somente o procedimento investigatório.

Ademais, o art. 42 do Estatuto Processual Penal dispõe que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”, impedindo que o membro do parquet possa optar entre o litígio judicial já iniciado e o acordo de não persecução.

Nesse sentido, é a posicionamento do CNPG e do GNCCRIM sedimentado em seu Enunciado 20: “(Art. 28-A). Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.”

Desse modo, me parece que o momento mais adequado para se propor do ANPP é aquele previsto no próprio art. 28-A do Código de Processo Penal, respeitada a tese de que é cabível a propositura do acordo no curso da ação penal

4. Considerações finais

Diante do exposto, deve-se retomar a problemática concernente à vultosa quantidade de processos criminais em curso e a superlotação dos estabelecimentos prisionais apresentada na introdução do presente estudo.

Considerando a aplicação de métodos consensuais para a resolução de litígios na esfera penal mostra-se um meio hábil para atenuar a crise enfrentada pela Justiça Criminal brasileira.

É inegável que o acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei n.º 13.964/2019 no Código de Processo Penal, constitui um alargamento das benesses que já eram conferidas àqueles que cometiam infrações penais de menor potencial ofensivo, atingindo agora os crimes de menor gravidade de competência do juízo criminal comum.

A criação de mais um instituto despenalizador por meio do consenso entre as partes demonstra uma nova roupagem conferida a justiça criminal, qual seja, uma faceta laxista que se distancia do recrudescimento exigido pela população em relação ao Judiciário, mas que estanca a crítica situação vivenciada nas últimas duas décadas.

Miguel Real Júnior bem observa que:

“com a sofreguidão por eficiência tem havido uma busca de finalização rápida de processos que suprime o devido relevo às categorias da teoria geral do crime para fazer do processo um fim em si mesmo. Ao se romper com os princípios de um direito processual penal acusatório, garantista, graças à simplificação para a celeridade, levaram-se de roldão os princípios e categorias do direito penal, com desprezo do reconhecimento prévio da tipicidade e dos demais elementos da estrutura do delito penal para efetividade da sanção penal.”¹²⁷ (2011, p. 331-355)

No meu entendimento, o trecho supratranscrito é preciso em sua crítica e reflete a vulnerabilidade a que está exposta a população, considerando a ruptura dos princípios de direito penal e processual penal por conta da busca pela celeridade processual ou pela rápida imposição de uma medida sancionatória, através da qual se elege como objetivo a perseguição da quantidade em vez de qualidade das decisões.

Superada a crítica, importante considerar que os mecanismos consensuais da transação penal, da suspensão condicional do processo, da colaboração premiada e do acordo de não persecução penal são meios através do qual afasta-se a tutela jurisdicional, isto é, caracterizam-se por conferir a resolução do litígio às partes, dispensando-se a necessidade demonstração da culpabilidade por meio do processo. Nesse sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos comenta que:

¹²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1, p. 331 – 355, jul., 2011.

“conclui-se que o cenário do Brasil permite verificar fenômeno semelhante ao definido por Langer como “administrativização das condenações criminais”, o que talvez poderia ser aqui denominado, de modo mais geral, de administrativização da justiça criminal ou das sanções penais.¹²⁸

¹²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação da justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista brasileira de ciências Criminais*. vol. 166/2020, p. 241-271. abr., 2020.

Bibliografia

BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988. (Coleção Prestígio)

BARROS, Francisco Dirceu. Acordos criminais. Leme: JH Mizuno, 2020.

BARROS, Ricardo Paes de; FOGUEL, Miguel Nathan; ULYSSEA, Gabriel (org.). Desigualdade de renda no Brasil: uma análise da queda recente. Brasília: IPEA, 2006

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade. Traduzido do alemão para o espanhol por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BORDONI, Carlo; BAUMAN; Zygmunt. Estado de crise. Traduzido do inglês por Renato Aguiar. Zahar: Rio de Janeiro, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL, IBGE. Estatísticas do Século XX. Rio de Janeiro, 2006

BULOS, Uadi Lammêgo. O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 184–198, ago., 2000.

BURNHAM, William. Introduction to the law and legal system of The United States. United States of America: West, Thompson, 2006.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: Acordo de não persecução penal. Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli (orgs.) Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020

CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. A fundamentação constitucional da tutela penal na ordem econômica. 237 p. Dissertação de Mestrado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. 2^a edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2010.

CARVALHO NETO, Inacio de. Aplicação da pena. 4^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Método, 2013.

CHEKER, Monique. Acordos resolutivos no direito penal: direito comparado, projeto anticrime e proposta de aperfeiçoamento para delitos ambientais. p. 55-91. Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão. Brasília: ANPR, 2019.

CORWIN, Edward S. A constituição norte-americana e seu significado atual. Trad. Leda Boechat. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

DAVID, Décio Franco. O futuro exige o novo: o acordo de não persecução penal: exige a implementação de um sistema acusatório. *In: Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v. 16, n. 70, p. 269-290, jan.-fev., 2008.

DIDIER JR.; Fredie. BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o direito processual civil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, nº 62, p. 23-59, out./dez. 2016.

ESTEFAM, André; OLIVEIRA, Allan Helber de; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Juizados especiais cíveis e criminais: (leis n. 9.099, de 26-9-1995, e 10.259, de 12-7-2001). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 162.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. As garantias fundamentais e a suspensão condicional do processo na Alemanha. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 94, n. 838, p. 456-478, ago., 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. [S. l.], v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun., 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 31ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da justiça?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 23, n. 114, p. 133-171, maio/jun., 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. org. e traduzido por André Luiz Callegari e Nereu José Giacomelli. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

JESUS, Damásio E. de. Lei dos juizados especiais criminais anotada. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia; Fuller; Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. Lei anticrime comentada: Artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual.. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1956.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 31ª ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2015. São Paulo, Atlas: 2015.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SANTORO, Luciano de Freitas (coord.); GRECO, Alessandra Orcesi Pedro (org.). Direito penal avançado: homenagem ao professor Dirceu de Mello. Curitiba: Juruá, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. Revista de Processo. São Paulo, v. 23, n. 92, p. 87–104, out./dez., 1998.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 16ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

OLIVEIRA, Roberto da Silva. O direito fundamental à razoável duração do processo penal. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 101, n. 919, p. 339-383, maio 2012.

PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1, p. 331 – 355, jul., 2011

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo de pena e o dever de motivar. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 2, n. 6, p. 161–170, abr.-jun., 1994.

SOUZA, Artur César de. Celeridade processual e a máxima da razoabilidade no novo CPC (Aspectos positivos e negativos do art. 4º do novo CPC). Revista de processo. São Paulo. v. 40, n. 246, p. 43-57, ago, 2015.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. Revista de Direito Internacional. Brasília, v. 13, n.1, p. 376-394, jan./jun. 2016.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Tredicesima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. I. 6ª ed., atualizada com a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo: Saraiva, 1982.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação da justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. Revista brasileira de ciências Criminais. vol. 166, p. 241-271. abr., 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Cidade do México, ano XLIX, n. 147, p. 13–33, set.-dez., 2016.