

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

PATRÍCIA SOUZA DOS REIS

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E SUAS MODALIDADES

SÃO PAULO

2019

PATRÍCIA SOUZA DOS REIS

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E SUAS MODALIDADES

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 Processo Penal sob a orientação do Prof. Dr. (a) Antonio Carlos da Ponte

SÃO PAULO

2019

PATRÍCIA SOUZA DOS REIS

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E SUAS MODALIDADES

Relatório final, apresentado a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte das exigências para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal.

São Paulo, ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA:

(Examinador 01):

(Examinador 02):

(Examinador 03):

Acima de tudo, agradeço a Deus por mais esta realização.

Dedico à minha família e amigos por toda a colaboração e paciência durante a realização deste trabalho.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é conhecer a justiça penal consensual e suas espécies visando o destravamento do judiciário brasileiro, a celeridade na solução de um conflito, bem como, a aproximação entre acusado e acusação, objetivando, assim, a negociação da punição que, por vezes, resulta em uma punição menos gravosa do que a prevista em abstrato para o crime. Como consequência do esvaziamento do judiciário brasileiro, fica reservado a este, espaço para a resolução crimes mais graves que, geralmente, demandam mais recursos, complexidade e tempo para sua solução.

Palavras – chave: CONSENSUAL – CELERIDADE – NEGOCIAÇÃO

ABSTRACT

The aim of this paper is to know the consensual criminal justice and its specimens aiming at the unlocking of the Brazilian judiciary, the speed in the resolution of the conflict, as well as the approach between accused and prosecution, thus aiming at the negotiation of the punishment that sometimes , results in a less severe penalty than that provided in the abstract for the crime. As a result of the emptying of the Brazilian judiciary, it is reserved a space for the resolution of more serious crimes that generally require more resources, complexity and time for their solution.

Key words: CONSENSUAL - CELERITY - NEGOTIATION

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. JUSTIÇA PENAL – PANORAMA HISTÓRICO	3
1.1 Vingança privada	3
1.2 Vingança divina	4
1.3 Vingança publica	4
1.4 Direito penal romano	4
1.5 Direito penal germânico	6
1.6 Direito canônico	7
1.7 Período humanitário, os reformadores	9
1.7.1 Cesare de Beccaria	9
1.7.2 John Howard	10
1.7.3 Jeremias Bentham	11
1.8 Escola clássica	13
1.9 Escola positiva	15
2. JUSTIÇA PENAL ATUAL	18
2.1. Constituição e a justiça penal	18
2.1.1 Princípio da celeridade	18
2.1.2 Princípio do devido processo legal	19
2.1.3 Princípio do acesso à justiça	20
2.1.4 Princípio da dignidade da pessoa humana	21
2.2. Panorama geral do judiciário e busca por soluções	23
3. JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL	27
3.1. Conceito	27
3.2. Base legal	29
3.3. Natureza jurídica	32
3.4. Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade	34

3.5. Distinção com a justiça litigiosa	37
4. ESPÉCIES DE JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL	40
4.1 Transação penal	40
4.2. Suspensão condicional do processo	46
4.3. Colaboração premiada	53
4.4. Acordo de não persecução penal	60
4.5. O modelo Americano: Plea Bargain	66
Conclusão	72
Referências	74

Introdução

O Direito Processual Penal passou por mudanças rápidas e efetivas nos últimos dois séculos, de um Estado acusador, máximo e contrário aos ditames de justiça, passou-se à busca da justiça real no Processo Penal; e mais, não basta a justiça penal adequada, mas a tutela justa, célere e menos custosa para o acusado e sociedade.

O Estado moderno busca não mais apenas a plena concretude dos direitos humanos de todas as declarações internacionais, que já passam facilmente das dezenas, em especial a notória Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a tão falada Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, busca-se algo a mais na justiça penal.

Nesse diapasão, com base na Constituição de 1988 e nos pactos internacionais, criaram-se novas figuras jurídicas para adequar o estado brasileiro aos ditames do moderno processo penal.

Em especial, as regras da justiça penal consensual, meio jamais pensado em séculos anteriores, mas que ganha impulso por razões concretizadoras de princípios constitucionais do direito.

Ainda, como degrau abaixo na “pirâmide” kelseniana, segue a força supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, os quais, modernamente, quase que de modo invariável, preveem a celeridade da justiça como um direito dos homens, sem olvidar de outras estruturas fundamentais do novo desenho do processo como um todo¹

Posto isso, segue que o escopo desse trabalho é analisar o caminhar histórico do direito processual penal até os tempos atuais, buscar seus atuais fundamentos Constitucionais, traçar uma descrição genérica entre a justiça penal ortodoxa e os modernos influxos da justiça penal consensual, além de fazer uma análise dogmática

¹ A audiência de custódia é uma das claras marcas da eficácia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

sobre as cinco grandes figuras da justiça penal consensual no direito: transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada, acordo de não persecução penal e o modelo americano do *plea bargain*

Segue que, em última instância, na justiça penal continua válido o imperativo de Rui Barbosa: a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça manifesta qualificada, como se verá este é o sumo objeto dessas mudanças no direito processual penal.

Capítulo 01

Justiça penal - panorama histórico

Antes de iniciar propriamente a análise da justiça penal consensual e suas modalidades no ordenamento jurídico brasileiro é imprescindível, para a correta contextualização de seus conceitos, uma breve demonstração de toda senda histórica da justiça penal mundial até chegar aos dias de hoje. Como se verá nos tópicos a seguir.

1.1. Vingança privada:

Na chamada fase da vingança privada, ocorrendo o crime a reação era imediata, oriunda, muitas vezes, da própria vítima, de seus familiares e de sua tribo. Ocorre que, devido à falta de regulamentação nesse sentido, a vingança era, na maiorias das vezes, desproporcional.

Esta se dava por causa do “vínculo de sangue” criado por um dever sagrado que recaia justamente em algum parente ou alguém da tribo. Como consequência disso, era necessário que alguém da tribo do sujeito ativo fosse morto, como forma de reação a uma conduta anterior.

A lei de talião (*jus talionis*) surgiu nesse período como forma de evitar o aniquilamento total de muitas tribos. Essa lei consistia em proporcionalidade na vingança, isto é, a pena não poderia ser mais grave que o próprio crime, devendo com ele guardar igual intensidade. Isso, porque, o termo talião tem origem latina e significa castigo na mesma medida de culpa.

Essa foi a primeira delimitação de castigo, que fez também com que surgisse o famoso ditado “olho por olho, dente por dente”. Com a evolução social a Lei de Talião foi se adequando às necessidades da época e passou-se a permitir que a vingança se desse via indenização para a vítima, seus parentes ou sua tribo. Era a chamada composição.

A composição era vista como uma forma alternativa de pena. Dependendo do grau de necessidade da tribo, era mais interessante o recebimento de valores ou gado do que a morte de um membro de outra tribo.

1.2. Vingança divina:

A religião passa a ter mais importância na vida das pessoas e, como consequência disso, passa a ditar as regras comportamentais de toda a sociedade. A função fiscalizatória e punitiva cabia a sacerdotes que aplicavam penas severas, desumanas e cruéis que tinham por objetivo a intimidação.

Entendia-se que o crime cometido era, na verdade, um pecado e cada pecado atingia a um certo Deus. Assim, devia-se reprimir o crime para a satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social.

1.3. Vingança pública:

Com a evolução da sociedade e sua consequente organização surge a figura do chefe ou da assembléia.

A pena que antes servia de satisfação dos deuses, torna-se agora sanção imposta em nome de uma autoridade pública, que buscava atingir os interesses da comunidade como um todo. Desta forma não mais é aplicada pelo ofendido (vingança privada) ou sacerdotes (vingança divina), mas pelo soberano que podia ser o rei, príncipe ou regente, o que insurge uma evolução em relação aos períodos anteriores.

As penas aplicadas eram muito severas tais como, sepultamento da pessoa com vida, morte na fogueira, esquartejamento, dentre outras. Vale dizer que a pena, por muitas vezes, passava da pessoa do infrator e recaía em seus familiares.

1.4. Direito Penal Romano:

Roma foi uma civilização que percorreu vários séculos da história da humanidade, desde o período da sua fundação em 753 a.C. até sua queda em 436

d.C. Deste modo, com o desenvolvimento da própria sociedade romana desenvolveu-se o direito - *ubi societas ibi jus ubi jus ubi societas*, é imprescindível, pois, delimitar os aspectos fulcrais da história romana para a sociedade moderna.

Em princípio, em Roma, o direito e a religião eram intimamente ligados de tal forma que o *pater familiae*, poder exercido pelo ancião da casa, abrangia o exercício do direito de vida e de morte de todos os seus dependentes, inclusive sobre mulheres e escravos.

Com o decorrer da evolução da sociedade e a consequente chegada da República Romana, houve uma ruptura, desmembramento dos alicerces do direito e religião, sendo a vingança privada abolida duas ou três décadas antes de Cristo e, passando para a administração estatal a aplicação da pena, que passa a exercer o *ius puniendi*, ressaltando o poder concedido ao *pater familiae*, mas agora com várias limitações.

Além disso, há a divisão entre crimes públicos, em especial contra bens públicos, a segurança da cidade ou contra o assassinato de romanos - *perperduellio* e direitos privados que eram infrações consideradas mais amenas. Segue que o direito romano contribuiu para dar cientificidade a certas classificações e princípios que usamos no direito penal hodierno, a saber: distinção do crime, do propósito, do ímpeto, do acaso, do erro, da culpa leve, do simples dolo, dolo mau (*dolus malus*).

Em síntese, algumas das principais características do direito penal romano: desenvolvimento da doutrina da imputabilidade, culpabilidade e suas excludentes; o dolo se encontra claramente diferenciado e dividido em dolo animus, dolus Malus e velho dolus; o direito penal com um caráter público e social; a teoria da tentativa; Reconhecimento das causas de justificação, como legítima defesa e estado de necessidade; pena sempre aplicada pelo Estado e tida como uma reação pública; consideração do concurso de pessoas fazendo diferenciação entre autoria e participação.

Por fim, cabe salientar que os romanos não realizaram uma codificação e sistematização nos termos modernos que conhecemos, sistematização essa que só

veio com os glosadores muito após a queda de Roma. No entanto, há uma série de institutos calcados na casuística: nexu causal, dolo, culpa, concurso de pessoas, penas, inimputabilidade, caso fortuito etc.

1.5. Direito Penal Germânico:

O direito penal germânico, em seus primórdios, era consuetudinário, não contendo leis escritas. O direito era visto como uma ordem de paz e sua transgressão era tida como uma ruptura da paz, podendo ser pública ou privada, dependendo da natureza do crime, se privado ou público. Quando fosse crime privado, o autor do crime era entregue a família da vítima para que exercessem a vingança.

A vingança de sangue, que também fora conhecido pelos germânicos, só foi substituída com o fortalecimento do poder estatal, que seria substituída pela composição voluntária e depois pela obrigatória. Em sobrevivendo a monarquia, houve a extinção, pouco a pouco, da vingança de sangue. A composição se dava por um pagamento feito em pecúnia com o intuito de compensar o prejuízo sofrido pela vítima.

Os responsáveis por definir as formas de pagamento, tarifas, locais e meios, segundo a idade, sexo, e natureza da lesão eram as leis bárbaras.

As leis bárbaras eram um sistema de composição que se converteu em ordenamento punitivo. E esse corpo legislativo tratava-se apenas de uma formalização do direito consuetudinário que já vinha sendo aplicados há muitos anos.

A pena convertida em pecúnia ia parte para a família da vítima e parte para o tribunal ou rei, simbolizando o preço da paz. Para os que não tinham condições financeiras para arcar com suas penas, eram-lhes impostas penas corporais.

Finalmente, após muitos anos, o direito germânico passa a adotar a lei de Talião, havendo, ainda, a responsabilidade penal objetiva, em que apreciava-se objetivamente o comportamento humano, observando apenas o resultado causado, sem se perguntar se tal conduta vinha costa por dolo ou culpa ou se havia sido fruto de um caso fortuito. Anos depois é que se passa a exigir um vínculo psicológico. Vale

lembrar que ainda nesse período era adotado um sistema ordálico, composto por provas com água fervendo, de ferro em brasa, assim como os duelos judiciais, em que o vencedor era proclamado inocente.

1.6. Direito Penal Canônico:

Em 313 depois de Cristo o imperador Constantino proclamou a liberdade de culto, tendo em vista a grande influência que o Cristianismo vinha trazendo para o direito penal. E, após a declaração do imperador Teodósio I em 379 d. C., o cristianismo tornou-se a única religião do Estado.

O direito canônico é o ordenamento jurídico criado pela Igreja Católica Apostólica Romana. A palavra "canônico" é derivado da palavra *kánon*, que significava regra e norma, indicando qualquer prescrição relativa à fé ou à ação cristã.

O Direito Canônico foi formulado, a princípio, com caráter disciplinar. Ocorre que o poder papal se fortalecia muito, enquanto que o Estado só enfraquecia, o que fez com que tal direito passasse a atingir a todos na sociedade, tanto os leigos quanto os religiosos, desde que os fatos tivessem conotação religiosa.

A jurisdição eclesiástica se dividia em *ratione personae* e *ratione materiae*. A primeira significando razão da pessoa em que o religioso era julgado por um tribunal da igreja, independentemente do crime praticado, enquanto que o segundo significava em razão da matéria, em que a competência era a eclesiástica, mesmo que o crime tivesse sido cometido por um leigo.

Os delitos eram classificados em: a) *Delicta eclesiástica*: quando ofendiam o direito divino, sendo da competência dos tribunais eclesiásticos e tendo como punição as *poenitentiae*, isto é, penitência; b) *Delicta mera secularia*: quando lesavam somente a ordem jurídica laica, sendo julgados pelos tribunais do Estado, aplicando-lhes sanções comuns; c) *Delicta mixta*: tratavam-se dos delitos que violavam a ordem laica e a religiosa, daí o nome misto. A competência do julgamento cabia ao tribunal que primeiro tivesse conhecimento do delito.

A prisão moderna teve grande contribuição do Direito Canônico no que tange às primeiras ideais de “reforma do delinquente”. Os vocábulos penitenciário e penitenciária surgiram exatamente da palavra penitência. E, para completar-se a influência que os conceitos teológicos-morais tinham, vale dizer que o crime era tido como um pecado contra as leis humanas e divinas.

A prisão moderna é orientada pelos princípios de fraternidade, caridade e redenção. Princípios esses que foram, justamente, trasladados da igreja para o direito punitivo, visando corrigir e reabilitar o criminoso.

Por fim, frisa-se que o direito canônico internalizou princípios do cristianismo, de certo modo o que conhecemos como dignidade da pessoa humana ao já mais maduro direito romano. A igreja, a despeito das concorrentes de jurisdições estatal e eclesiástica, abriu ao mundo e ao direito penal princípios como o da igualdade entre os homens, a análise subjetiva da conduta penal e a tentativa de diminuição dos famigerados duelos judiciais; introduzindo um arquétipo de devido processo legal.

1.7. Período Humanitário, os reformadores:

Na Europa, em meados do século XVIII, considerado como século das luzes, as leis baseavam-se em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, tendo como consequência a aplicação de castigos corporais, bem como penas capitais. Se não bastasse, o Direito era tido como gerador de privilégios no sentido de que, os menos favorecidos economicamente e que não pertenciam a uma classe social diferenciada, tinham penas mais rigorosas.

Diante desse cenário, a única medida cabível era a reforma. Assim, um grupo de pensadores, com ideias fundamentadas na razão e na humanidade estabeleceu uma nova carga axiológica a ser seguida, na segunda metade do século XVIII passaram a remover as velhas concepções arbitrárias da seguinte maneira: filósofos e juristas passaram a dedicar suas obras à censura aberta da legislação penal vigente, além de dedicar parte de suas obras para a releitura da legislação penal com base nos direitos da dignidade do homem e na liberdade humana.

Voltaire, Rousseau e Montesquieu eram representantes das correntes iluministas e humanitárias que defendiam que o fim/objetivo do estabelecimento das penas não deveria consistir em atormentar um ser humano e sim, devendo ser proporcional ao crime, levando-se em consideração a malícia do autor, suas circunstâncias pessoais e, ao mesmo tempo, devendo mostrar a sociedade sua eficácia, mas sem, portanto, ser cruel.

As ideias pregadas pelo Iluminismo atingiram seu apogeu na Revolução Francesa, devido a considerável influência exercida sobre uma série de pessoas que compartilham do mesmo sentimento: a necessidade de reforma. Vale lembrar, por fim, que alguns filósofos tiveram grande destaque na luta pela liberdade, igualdade e justiça: Cesare Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham.

1.7.1. Cesare de Beccaria:

Cesare Beccaria nasceu em 1738 e faleceu em 1794. Escreveu o famoso livro *Dei Delitti e delle Pene* - Dos Delitos e das Penas, responsável por marcar o início definitivamente o início do Direito Penal Moderno.

As ideias inseridas no livro de Beccaria não devem ser consideradas como originais, visto que trata-se, em verdade, de uma associação entre utilitarismo e contratualismo. Beccaria se destacou pois expressou as ideias de forma clara e palpável para toda e qualquer pessoa, influenciando-as a exigir dos legisladores uma reforma.

O sistema penal proposto por Beccaria substituiria o atual que caracterizava-se por ser desumano, impreciso, confuso e abusivo. Seu livro conseguiu expressar, de forma clara e tangível, os valores e esperanças de muitos reformadores relevantes. Suas ideias sugeriam mudanças que tinham o apoio popular.

Em sua obra Beccaria menciona expressamente a teoria do contrato social, em que homens se reúnem livremente com intuito de formar uma sociedade e o direito penal tem função de assegurar a sobrevivência. Com essa concepção utilitarista da pena, buscava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança para o passado,

defendo a máxima de que é melhor prevenir delitos do que castigá-los, bem como a proporcionalidade da pena e sua humanização. O objetivo preventivo da pena, em sua concepção, não poderia se dar através do terrorismo, como era feito, mas sim pela eficácia e certeza da punição.

Através de algumas ideias expostas por Beccaria sobre prisão, houve um processo de humanização e racionalização da pena privativa de liberdade. Em momento algum renunciou o sentido punitivo e sancionador da prisão, mas citou-a como função de reformar o delinquente, surgindo, portanto, os princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena.

1.7.2. John Howard:

Howard nasceu em Londres e por ter exercido função de *sheriff* e *alcaide* pôde explicita em seu livro *The State of Prison in England*, com propriedade, a situação carcerária europeia. Nunca se conformou com a condição deplorável que se encontravam as prisões. Entendia que esse péssimo estado se dava porque a Inglaterra já havia atingido seu apogeu, economicamente falando e, portanto, não mais era necessário que as prisões cumprissem um papel econômico e indiretamente socializante.

Howard considerava três classes de pessoas submetidas a encarceramento: a) Processados: deveriam ter regime especial pois nessa modalidade a prisão só serviria como medida assecuratória e não como castigo; b) Condenados: receberiam sanção de acordo com a sentença condenatória imposta; c) Devedores.

Além dessa classificação, importante mencionar que John insistia na necessidade de que as mulheres deveriam ficar separadas dos homens e os criminosos mais velhos dos mais novos.

Por fim, John foi o primeiro a falar sobre a importância de fiscalização dos magistrados nos presídios. Pode-se mencionar que foi a partir daí que surgiu a ideia do juiz das execuções. Não menos importante foi com Howard que nasceu o

penitenciário. Foi através de sua obra que iniciou-se a luta pela humanização das prisões e a reforma do delinquente.

1.7.3. Jeremias Bentham:

As críticas de Bentham no campo da Penologia, no que se refere à prática de castigos desumanos e absurdos, foram positivas a tal ponto que perduram até os dias de hoje. Sempre buscou um método de controle do comportamento humano baseado no princípio ético, em que deve-se buscar a felicidade para a maioria ou a felicidade maior. Com base nisso, se o ato produzir benefício ou vantagem, é considerado útil. Nesse sentido, todo homem busca o prazer e não a dor e justamente com fundamento nisso que Bentham elaborou a teoria da pena.

Para Bentham a prevenção geral deveria prevalecer, mesmo com a enorme importância que dava à prevenção especial.

A prevenção geral, segundo Bentham, consiste em afirmar que a função do direito penal é dar afirmação aos valores, e, conseqüentemente, os sujeitos se absterão da prática de delitos, ou seja, a criminalização está fundamentada em seu efeito positivo sobre os não criminalizados. Já na sua corrente negativa, pretende obter da pena a dissuasão dos que não delinqüiram e podem sentir-se tentados a fazê-lo, através da intimidação. Em outras palavras, para essa teoria, o castigo do delinqüente é um meio de induzir os demais cidadãos ao bom comportamento.

A prevenção especial, por sua vez, visa apenas o delinqüente, objetivando que este não volte a praticar novos delitos. Essa teoria não busca retribuir o fato passado e também não se dirige a coletividade. Ou seja, o fato se dirige a uma pessoa determinada que é o sujeito delinqüente. Deste modo, a pretensão dessa teoria é evitar a reincidência. No entanto, os seus partidários falam em medidas e não em pena, uma vez que, segundo eles, a pena implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de uma conceito geral de igualdade e a medida supõe que o delinqüente é um sujeito perigoso e, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade.

Segundo Bentham, o fim principal da pena era prevenir delitos semelhantes. Nesse sentido:

“O negócio passado não é mais problema, mas o futuro é infinito: o delito passado não afeta mais do que a um indivíduo, mas os delitos futuros podem afetar a todos. Em muitos casos é impossível remedir o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer o mal, porque por maior que seja o proveito de um delito sempre pode ser maior o mal da pena.” (BITTENCOURT apud BENTHAM, 2014, p. 87) ²

Bentham não acreditava que na pena cruel poderia-se encontrar alguma utilidade, passo em que iniciou o processo de abandono do conceito tradicional, em que se acreditava que a pena deveria causar profunda dor e sofrimento. Mas isso não significa que se abandonaria a finalidade retributiva da pena, e sim que se preponderaria a finalidade preventivo-geral. Posto, a pena continuaria sendo vista como a retribuição do mal causado pela prática do delito. Para limitar a retribuição, a pena era tida como um mal que não deve exceder o dano produzido pelo próprio delito. Isso transformou-se no que hoje entendemos como princípio da proporcionalidade.

Bentham dizia, ainda, que a situação inadequada dos presídios levariam o condenado a cometer novos delitos assim que saísse daquele ambiente e voltasse para as ruas. Isso porque, tais ambientes despojariam os réus de sua honra e de hábitos laboriosos.

Por fim, a contribuição mais importante de Jeremias Bentham, no que tange ao aspecto penológico, foi a concepção do “panótico”. Na exposição de seu desenho destacava o problema da segurança e o controle do estabelecimento penal em que afirmava:

Uma casa de Penitência, segundo o plano que lhes proponho, deveria ser um edifício circular, ou melhor dizendo, dois edifícios encaixados um no outro. Os quartos dos presos formariam o edifício da circunferência com seis andares e podemos imaginar esses quartos com umas pequenas celas abertas pela parte interna, porque uma barra de ferro bastante larga os deixa inteiramente à vista. Uma galeria em cada andar serve para a comunicação e cada pequena cela tem uma porta que se abre para a galeria. Uma torre ocupa o centro e esta é o lugar dos inspetores: mas a torre não está dividida mais do que em três andares, porque está disposta de forma que cada um domine plenamente dois andares de celas. A torre de inspeção está também

² BITTENCOURT, Cezar Roberto; **Tratado de direito penal, Parte Geral**. Saraiva. 20ª Ed. P. 87. 2014

rodeada de uma galeria coberta com uma gelosia transparente que permite ao inspetor registrar todas as celas sem ser visto. Com uma simples olhada vê um terço dos presos, e movimentando-se em um pequeno espaço pode ver a todos em um minuto. Embora ausente a sensação de sua presença é tão eficaz como se estivesse presente... Todo o edifício é como uma colmeia, cujas pequenas cavidades podem ser vistas todas desde um ponto central. O inspetor invisível reina como um espírito. (BITTENCOURT apud BENTHAM, 2014, p. 88).³

1.8. Escola clássica:

Em verdade não houve uma homogeneização de ideias para que se formasse a escola clássica composta por um corpo comum. Isto, porque, sabe-se que é impossível reunir os diversos juristas representantes dessa corrente. Desta feita, a escola clássica não surgiu como uma identificação de linha de um pensamento comum, outrossim surgiu apenas como uma reunião de juristas que se opunham ao caráter científico das valorações jurídicas do delito.

Como berço filosófico e antecedente natural da própria existência da escola clássica, pode-se colocar as grandes correntes filosóficas do período: o jusnaturalismo de Grócio, com a ideia de um direito natural resultante da própria natureza humana e do outro lado o contratualismo de Rousseau, em que o Estado é resultante de um grande e livre acordo entre os homens, que cedem parte de seus direitos para a bem comum. Ambas teorias eram opostas entre si, visto que a primeira defendia o uso da razão e a segunda o contratualismo que tinha como base o acordo de vontades. No entanto, no que tange a parte fundamental de ambas, haviam algumas coincidências: defendiam que havia um sistema jurídico anterior e superior ao Estado, pondo em pauta, dessa forma, a tirania estatal; pleiteavam pela restauração da dignidade humana e o direito do cidadão perante o Estado; fundamentavam o individualismo e, como consequência, inspirou o surgimento da escola clássica.

A escola clássica, por assim dizer, é também chamada de Filosófico-jurídica, Crítico Forense ou Idealista, nascendo sob ideais defendidos pelos iluministas. Nesse sentido, Cezar Bitencourt menciona:

³ BITTENCOURT, Cezar Roberto; **Tratado de direito penal, Parte Geral**. Saraiva. 20ª Ed. P. 88. 2014

“Os postulados consagrados pelo Iluminismo, que, de certa forma, foram sintetizados no célebre opúsculo de Cesare de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (1764), serviram de fundamento básico para a nova doutrina, que representou a humanização das Ciências Penais. A crueldade que comandava as sanções criminais em meados do século XVIII exigia uma verdadeira evolução no sistema punitivo então reinante. A partir da segunda metade desse século, os filósofos, moralistas e juristas, dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem.”⁴

Além disso, a escola clássica encontrou adeptos no continente europeu ao longo do século XIX, todos com a visão de que tinham que dar explicações, do ponto de vista jurídico, às causas dos delitos e aos efeitos da pena.

A escola clássica dividiu-se em dois grandes períodos: 1) Filosófico ou teórico: sistema baseado na legalidade sob influência do iluminismo, em que o mesmo Estado que aplica a lei, deve submeter-se a ela. O jurista de maior destaque desse período foi Beccaria, que defendia que, a partir do momento em que o indivíduo fazia parte desse pacto, significava que estava se comprometendo a viver conforme as leis estipuladas pela sociedade, devendo ser punido pelo Estado quando não observá-las, para que a ordem social seja reestabelecida. 2) Jurídico ou prático: crime estudado em si mesmo, sem se preocupar com o criminoso. Crime nada mais era do que uma infração da lei do Estado, que era imposta como meio de proteção ao cidadão. O jurista de maior destaque desse período foi Francesco Carrara., que defendia que, o agente é impelido por duas forças: a) a moral, que é a livre vontade consciente de praticar o delito e; b) física, que é o simples movimento corpóreo que produz o resultado. Para Carrara a pena é um mal necessário que deve ser aplicado para que a autoridade pública infrinja o culpado por causa do seu delito.

Para essa escola a pena é imposta porque o indivíduo é merecedor de um castigo, tendo em vista que cometeu uma falta considerada crime. Para que a pena seja imposta, o delito deve ter sido cometido de forma voluntária e consciente.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; **Tratado de direito penal, Parte Geral**. Saraiva. 20ª Ed. P. 98. 2014

Em síntese, como características da escola clássica temos: crime é considerado ente jurídico, ou seja, é a procura infração do direito; a pena é tida como uma retribuição ao crime; é reconhecido o livre arbítrio partindo-se do pressuposto de que o homem nasce livre e pode tomar qualquer caminho, seja ele o do crime ou não; e aplica-se o método dedutivo, visto que o direito é ciência jurídica.

1.9. Escola positiva:

A escola positiva surgiu durante o predomínio do pensamento positivista no campo da sociologia, em meados do final do século XIX. Neste período, também estavam em desenvolvimento o estudo das ciências sociais tais como a psiquiatria, psicologia, antropologia, sociologia, estatísticas etc. Esse fator, em especial, contribuiu de forma significativa para uma nova abordagem dos estudos criminológicos. Com relação ao individualismo da Escola Clássica, a Escola Positiva defendeu a necessidade de se dar mais ênfase no corpo social, isto é, na coletividade, do que no indivíduo, priorizando-se, assim, os interesses sociais em relação aos individuais.

É por isso que fica em segundo plano a ressocialização do delinquente. A aplicação da pena passa a ser algo automático, isto é, como uma reação natural do Estado em oposição a ação de seus membros. Com o delinquente e o delito sendo considerados patologias, não mais importava o fundamento moral da pena, passando-se, assim, a ter um provimento utilitarista. As justificativas de aplicação da pena passam a enfatizar o agente, isto é, sua capacidade de adaptação, personalidade e principalmente, sua periculosidade, deixando para trás o fundamento baseado na natureza e gravidade do crime.

A corrente positivista tinha como objetivo aplicar ao Direito os mesmos conceitos de investigação e observação que se usavam em disciplinas como Biologia e Antropologia. Ocorre que, ao tentar usar esses métodos, notaram que a atividade jurídica não é científica, surgindo a necessidade de que a consideração jurídica do delito fosse substituída por uma sociologia ou antropologia do delinquente. A partir daí, nasce a Criminologia que, agora, não dependia mais da dogmática jurídica.

A criminologia teve início com os estudos do médico italiano César Lombroso, que considerava o crime como uma manifestação da personalidade humana e produto de várias causas. Com seus estudos, Lombroso criou a Antropologia Criminal e a figura do criminoso nato. O delinquente passa a ser estudado sob o ponto de vista biológico.

As concepções de Lombroso eram as seguintes: Carrara entendia que o crime era um ente jurídico. Lombroso, por sua vez, defendia que crime era um fenômeno biológico, devendo, por isso, ser utilizado o método experimental e não os métodos lógicos-dedutivos da Escola Clássica; O criminoso é um selvagem e nasce delinquente assim como outros nascem sábios. O estado de delinquência humano representa uma regressão do homem ao estado primitivo; A figura do criminoso nato tem características como: assimetria craniana, zigomas salientes, fronte fugidia, cabelos abundantes, face ampla e larga e barba escassa; O criminoso nato não sente dores físicas, podendo ser canhoto ou ambidestro, sendo ainda, insensível, vaidoso, preguiçoso e insensível moralmente; A epilepsia (evidente ou nervada) ataca os centros nervosos afetando o desenvolvimento do organismo, sendo essa a causa principal da degeneração do delinquente; Defendia, ainda a existência da loucura moral, que não afeta a inteligência, mas supre o senso moral.

As ideias de Lombroso no que se refere à tendência de certos homens cometerem crimes, não foram sepultadas com ele. Ao contrário, desde Mendel sabe-se que alterações cromossômicas, por exemplo, podem fazer com que certos homens apresentem propensões pra o crime, como condutas antissociais, baixa inteligência, mau gênio, tendência para a violência.

A Escola Positiva teve seu maior revelo com Henrique Ferri, discípulo de Lombroso que mencionava a importância do trinômio causal do delito composto por fatores antropológicos, sociais e físicos. Dividiu os criminosos em cinco categorias: nato, louco, habitual, ocasional e o passional. Dividiu, ainda, as paixões em sociais (que devem ser estimuladas) e antissociais (que devem ser reprimidas).

Por fim, os princípios básicos da Escola Positiva são: o crime como fenômeno natural e social, o criminoso é sempre psicologicamente anormal, seja de forma

temporária ou permanente, a responsabilidade penal é responsabilidade social e a pena é medida de defesa social.

Capítulo 02

2. Justiça penal atual:

2.1. Constituição e a justiça penal:

2.1.1. Princípio da celeridade:

O princípio da celeridade foi positivado com a Emenda Constitucional 45, que implantou a reforma do judiciário, sendo promulgado no dia 8 de Dezembro de 2004 e entrando em vigor no dia 31 de Dezembro do mesmo ano. Importante destacar que já estava consagrado em diversas normas infraconstitucionais, como por exemplo nas Leis nº 9099/95 e 10.259/2001. Porém, inexistia previsão constitucional expressa.

Através da inserção do princípio a nível constitucional houve, para o particular, inegável avanço, posto que o comando passou a pertencer ao rol das cláusulas pétreas dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da celeridade consiste em tornar o processo mais rápido respeitando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Para atingir esse objetivo deve-se tentar evitar a solicitação de provas ou a prática de atos desnecessários que trazem mais morosidade ao processo. Com a correta aplicação do princípio tem-se economia e eficiência, visto que é garantida a produção do máximo de resultados com o mínimo de esforços. Positivando esse princípio, dispõe a Constituição Federal:

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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." (grifo nosso)

A justiça penal consensual se relaciona de modo umbilical com este princípio, haja vista que uma das razões de ser da justiça penal consensual é a busca por soluções justas, eficazes e adequadas em um breve período de tempo. Deste modo, é visível a consecução do comando geral do poder constituinte derivado na legislação processual penal, tornado norma viva este princípio alvissareiro.

2.1.2. Princípio do devido processo legal:

Surgiu em 1215 na Inglaterra, ocasião em que barões ingleses exigiam do rei João I o respeito às leis da terra. Nesse sentido consta a previsão no direito inglês:

“Nenhum homem livre será molestado, ou aprisionado, ou despojado, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo aniquilado, nem nós iremos contra ele, nem permitiremos que alguém o faça, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pelo Direito da terra”⁵

No Brasil foi a Carta Magna de 1988 a primeira a fazer menção expressa ao princípio em seu artigo 5º, inciso LIV. A Constituição do Império de 1824 trazia previsão indireta em seu artigo 179, inciso II estabelecendo que “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”. Hoje, o princípio do devido processo legal está no rol dos direitos e garantias fundamentais no título II da Constituição.

O princípio do devido processo legal consiste em garantir ao indivíduo que a privação de sua liberdade ou restrição de seus direitos só ocorrerá se houver um processo legal, isto é, com todas as etapas previstas em lei e exercido pelo ente competente, qual seja, o Poder Judiciário. Lembrando que deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Tal princípio é tido como um dos mais importantes princípios constitucionais, visto que dele derivam os demais, refletindo, ainda, uma dupla proteção ao sujeito

⁵ <https://daniломocota.jusbrasil.com.br/artigos/254209610/o-devido-processo-legal-historico-aplicacoes-contemporaneas-e-o-substantive-due-process>

ao passo que o faz em âmbito material e formal, de forma que o indivíduo possua a sua disposição mecanismos suficientes para se encontrar em paridade de condições com o Estado-persecutor. Positivando esse princípio, dispõe a Constituição Federal:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - Ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal.”

Posto isso, tem-se que a busca pela justiça penal consensual demonstra um novo modo de ser do devido processo legal, não se trata de apenas assegurar as garantias de um sistema baseado no julgamento pela lei – *rule of the law* -, mas sim de promover a plena eficácia do processo penal moderno, unindo os benefícios de uma justiça penal limitada com as vantagens que a justiça penal consensual proporciona.

2.1.3. Princípio do acesso à justiça

O acesso à justiça tem sido considerado um dos temas mais importantes no estudo do direito. Apesar de sua extrema importância, não se sabe ao certo quando teria surgido. Pode-se notar, portanto, que houveram indícios de preocupação com o acesso à justiça no Código de Hamurabi, entre os séculos XXI a XXVI antes de Cristo. No Brasil tal princípio apareceu pela primeira vez na Constituição de 1946, prevendo que “a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Porém, devido a alguns movimentos políticos e governamentais que objetivavam coibi-lo, tal direito não teve efetividade.

Em 13 de Dezembro de 1968 houve a edição do Ato Institucional 5, que, de certa feita, foi tido como um retrocesso na medida em que seu artigo 11 excluía da apreciação judicial todos os atos que fossem praticados de acordo com o Ato

Institucional 5, bem como seus respectivos efeitos. Só em 1988 com a promulgação da atual Constituição Federal é que o princípio do acesso à justiça foi expressamente consagrado.

Hoje, o acesso à justiça é tido como um direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País e não mais pode ser entendido apenas como acesso ao Poder Judiciário, mas acesso a toda uma ordem jurídica baseada na justiça produzindo resultados individuais e socialmente justos. Positivando esse princípio, dispõe a Constituição Federal:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Dessume-se do exposto que a prática da justiça penal consensual evita o prolongamento exagerado das lides, promovendo que as pessoas sem condições financeiras a sustentar advogados tenham mais facilidade na obtenção de uma solução justa. O prolongamento exacerbado das demandas judiciais acarreta a externalidade negativa do pagamento de muitos anos de honorários advocatícios, bem como o sobrecarregamento das defensorias públicas, além do natural peso sobre o poder judiciário.

2.1.4. Princípio da dignidade da pessoa humana:

Na antiguidade clássica a dignidade da pessoa humana se dava conforme a posição social ocupada pelo indivíduo, havendo inclusive, uma modulação da dignidade entre as pessoas. Já os estoicos acreditavam que a dignidade era algo inerente ao ser humano, se dando de forma igualitária entre todos. Nesse sentido, o Cristianismo defendia que, como o ser humano foi criado à imagem de Deus era automaticamente dotado de valor e, com isso, não poderia ser tratado como objeto ou

instrumento. Já, no período medieval na figura de Tomás de Aquino defendeu-se que a dignidade humana possui fundamento no criacionismo, visto que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança e fundamento no fato de que o homem é também dotado de capacidade de autodeterminação que lhe é inerente pelo simples fato de possuir natureza humana.

Foi por Immanuel Kant que se estabeleceu o parâmetro secular do princípio da dignidade da pessoa humana, em seu livro *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, ele assevera a distinção entre os homens e os outros animais por meio da razão humana, olvidando de qualquer aspecto teológico ou transcendental. Kant fundamenta que a distinção precípua entre os homens e os animais se estabelece na capacidade de autoregramento, fato impossível no reino animal, que age pela paixão ou pelos impulsos sensíveis. A partir desse raciocínio tem-se que o Homem, ser racional e único no cosmo, deve agir considerando o seu próximo como um fim, não como meio de realização ou instrumento, em suma, trata-se de outro modo de fundamentar o imperativo da centralização do homem no ordenamento jurídico.

Apesar de a origem da expressão dignidade da pessoa humana ter se dado na antiguidade, foi apenas nos ordenamentos jurídicos mundiais recentes que tal princípio foi positivado, mais especificamente no século XX com a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Portuguesa de 1933 e a Constituição da Irlanda de 1937. Como importante parte evolutiva desse princípio vale ainda citar que, com o fim da Segunda Grande Guerra muitas constituições passaram a prevê-lo, como resultado da indignação frente às atrocidades a que foram acometidas o ser humano. No Brasil, o princípio da dignidade humana foi positivado apenas em 1988 com a Constituição da República.

Apesar de muita divergência doutrinária a respeito do tema, o princípio da dignidade da pessoa humana consiste em assegurar ao indivíduo as condições mínimas indispensáveis para uma existência digna, sendo inerente a todo ser humano pelo simples fato de ser pessoa e isso independe de qualquer condição peculiar que o indivíduo possua. Assim, até mesmo um indivíduo absolutamente incapaz tem a mesma dignidade que um totalmente capaz.

No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶

Positivando esse princípio, dispõe a Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;”

Diante do exposto, a justiça penal consensual põe em evidência o respeito a dignidade da pessoa humana, visto que, proporciona um processo mais célere do que o habitual, menos litigioso, com redução de encargos financeiros e, o mais importante, usa de seu livre arbítrio para a negociação. Kant pregava justamente isso, a dignidade relacionada com o livre arbítrio e com a vinculação livre do homem às suas decisões racionais. O aparato estatal de acusação e julgamento recebe novo freio, o qual não se confunde com as tradicionais garantias constitucionais de limitação do estado, o novo freio da justiça penal consensual é um caminho a ser seguido pelos membros do estado na busca pela solução justa, dignificando o homem e o realinhando como núcleo de proteção da lei penal.

2.2. Panorama geral do judiciário e busca por soluções:

O Poder judiciário, nos dias de hoje, é um meio de heterocomposição tradicional na solução de conflitos em todas as democracias existentes e está fundamentado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 e sua estrutura está prevista no artigo 92 do mesmo diploma:

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. P. 62. 2002.

“São órgãos do Poder Judiciário: O Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

Apesar da complexa estrutura, o Poder Judiciário está extremamente moroso e carente de mudanças efetivas, haja vista que as demandas e a sociedade crescem vertiginosamente e toda a estrutura judiciária não é capaz de abarcá-las. O quadro atual da justiça se encontra com um número excessivo de processos, bem como os funcionários são insuficientes para toda a demanda e vale dizer que, o índice de produtividade também influi nessa questão. Nesse sentido Antonio Scarance Fernandes dispõe:

Após a longa fase do cientificismo do direito processual, em que os estudiosos, depois de afirmarem a sua autonomia, procuraram sistematizá-lo, identificando seus princípios, suas regras fundamentais e delineando seus institutos vetores, bem como buscaram dotá-lo de conceitos firmes e ajustados, cresce nos últimos tempos outra inclinação dos processualistas: a busca da efetividade do processo. Essa preocupação nasceu e se desenvolveu em virtude da crise que atinge a administração da justiça em todos os cantos. Percebeu-se que o progresso da ciência jurídica processual não foi acompanhada de uma justiça célere e eficaz. Tornou-se patente o descompasso entre a teorização do direito processual e a sua eficiência prática, não servindo o processo para superar os graves problemas da justiça: sobrecarga de causas, morosidade na solução de causas, elevado custo do acesso à justiça, excessiva burocracia dos serviços dos juízos e tribunais.⁷

O Brasil vive o que muitos especialistas chamam de “a cultura do litígio”, isto é, todo tipo de demanda que poderia se resolver administrativamente ou por transação entre as partes deságua, invariavelmente, no poder judiciário. A garantia de inafastabilidade da jurisdição se transformou numa constante necessidade dos particulares recorrerem ao estado-juiz, retrato claro de um país em que a confiança entre os pares é das mais baixas e há baixo índice de transação, consequentemente. Decorrencia direta e imediata desse cenário é o excesso de atribuições que se dá ao juiz quando, por exemplo, tem de realizar diversas citações, intimações de

⁷ FERNANDES, Antonio Scarance; **Processo Penal Constitucional**. Revista dos Tribunais, 2ª Ed. P. 187. 2000.

testemunhas, muitos despachos em um mesmo processo e inúmeras assinaturas necessárias em documentos de procedimentos eleitorais etc.

Do excesso de ações resulta a sobrecarga dos magistrados que, apesar do alto índice de produtividade quando comparados a países europeus, ainda assim é insuficiente. A título de exemplo, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cada juiz brasileiro produz cerca de 1.616 sentenças ao ano, enquanto os juízes italianos produzem em média 959, os espanhóis 689 e os portugueses 397.

Um outro fator que causa a morosidade no sistema brasileiro é a alta quantidade de ritos burocráticos que levam as partes a esperarem muito tempo pelo julgamento de seus processos. Para se ter noção, um processo leva em média 4 anos 4 meses para que chegue à sentença em primeira instância, enquanto que na Dinamarca, Áustria e Hungria, segundo levantamento realizado pela Comissão Europeia em 2016, o tempo não ultrapassa 100 dias.

Para se ter uma melhor noção da gravidade da situação que se encontra o judiciário brasileiro, segundo relatório de 2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) baseado em 90 cortes de Justiça, excluindo-se o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2015 o judiciário terminou o ano com quase 74 milhões de processos em tramitação a serem analisados por 17.338 magistrados e outros 434.159 profissionais divididos entre servidores e auxiliares. Em 2015 o número de processos em tramitação foi de 1,9 milhão a mais que em 2014 e de 2009 a 2015 o número de processos cresceu de 19,4%, isto é, um aumento de 9,6 milhões de peças. Por fim, conforme dados fornecidos também nessa pesquisa, se ocorresse de o Poder judiciário ficasse paralisado no sentido de não ingressarem novas demandas, ainda assim seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar os processos.

Além da morosidade do sistema, é notório que o elevadíssimo número de processos que entulham o judiciário onera os cofres públicos. Em 2015 o custo do Poder judiciário chegou a R\$ 79,2 bilhões, 4,7% a mais do que em 2014 e um valor maior que do Produto interno Bruto (PIB) de 14 estados brasileiros. Desde 2011 os

gastos aumentam em 3,8% ao ano, valor superior quando comparados a outros países.

Diante desse cenário, não resta outra opção senão a de buscar soluções que tornam o processo mais eficiente e a alternativa que se tem visto ser mais adequada é a solução consensuada, pela via da conciliação, que pode se dar fora do processo, isto é, da forma extrajudicial entre os interessados e a judicial, que é a obtida no processo pelas partes e estimulada pelo juiz da causa. Antonio Scarance Fernandes defende:

Constatou-se enfim que é preciso dinamizar o processo para a sua função instrumental, servindo aos anseios de uma justiça rápida, mais eficiente e, para isso, algumas ideias passam a ser propaladas e tenazmente defendidas: a) é necessário estimular o uso de vias alternativas para a solução dos litígios, fora do âmbito judiciário ou dentro deste, ficando a resolução clássica, mais morosa, para as causas de maior complexidade ou relevância; b) dentro do âmbito judiciário, deve-se preferir a via alternativa da conciliação e que, de preferência, evite a instauração formal do processo; c) essa alternativa conciliatória deve ser procurada até mesmo em áreas tradicionalmente refratárias, como na área penal em países orientados pelo princípio da obrigatoriedade; d) para a conciliação, exige-se do juiz um novo papel, pois fica ele incumbido de estimular o acordo entre as partes na busca de uma solução rápida e justa; e) os procedimentos devem ser marcados pela celeridade e pela oralidade para tornar a justiça menos burocratizada; f) devem ser chamados a participar dos debates conciliatórios não só as partes formais da ação, mas outros interessados no litígio, como a vítima no processo criminal; g) deve-se estimular a colaboração dos leigos na conciliação. É esse o conjunto de ideias que moldam os contornos da justiça consensual, na qual os três principais protagonistas da cena processual, com a participação de terceiros interessados, como a vítima no processo penal, são instados a solucionar o conflito pelo consenso.⁸

Nesse mesmo sentido, dispõe Flávio da Silva Andrade:

Como se viu, na sociedade atual, mais complexa e também mais dinâmica, os modelos conflitivos, hierarquizados e burocratizados vêm perdendo espaço e legitimidade, devendo coexistir com novas estruturas caracterizadas pelo diálogo, pela eficiência e pelo pragmatismo. No campo processual penal, como reflexo dessa nova concepção, surgiu um movimento que caminha da lei imposta para a justiça consensuada, buscando-se equilibrar a tutela dos interesses individuais do acusado com o interesse de defesa social mais efetiva.⁹

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance; **Processo Penal Constitucional**. Revista dos Tribunais, 2ª Ed. P. 188 e 189. 2000.

⁹ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 168, 2019.

Capítulo 03

3. Justiça Penal Consensual:

3.1. Conceito:

O conceito de justiça penal consensual não possui sentido único, extrai-se que diante de várias leis reguladoras, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, há inúmeros significados que possuem entre si alguns elementos de conexão e também objetivos em comum, tais como, fixar um “processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses”, através de “vias alternativas ao processo capazes de evitá-lo, para solucionar as controvérsias mediante instrumentos institucionalizados de mediação”¹⁰.

Sobre o tema Guilherme de Souza Nucci pontua:

Além, obviamente, da determinação constitucional para a criação dos Juizados Especiais Criminais, para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, admitida a transação e um procedimento desburocratizado, parcela da doutrina tem enaltecido, com razão, os méritos dessa nova proposta de tratamento das infrações penais, elencando, dentre outros, os seguintes pontos: a) deformalização do processo, tornando-o mais rápido e eficiente, logo, mais democrático, pois acessível à sociedade; b) deformalização das controvérsias, tratando-as por meios alternativos, como a conciliação; c) diminuição do movimento forense criminal, com pronta resposta do Estado; d) fim das prescrições; e) ressocialização do autor dos fatos, associado à sua não reincidência.¹¹

Importante destacar que, no entendimento de Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina a justiça penal consensual surge como uma forma de delimitar os crimes entre espaços de consenso e de conflito, separando para cada um deles uma modalidade de crime diferente:

Em primeiro lugar, que cabe ao ordenamento jurídico promover para cada espécie – bem delimitada – de criminalidade “reações” não só quantitativa senão também qualitativamente distintas, com instrumentos e processos, assim como procedimentos distintos. Sugere, em segundo lugar, que dentro de um novo modelo de justiça criminal deve ficar cristalinamente delimitado o espaço de consenso (vinculada à pequena e média criminalidade) do espaço de conflito (criminalidade grave): o “espaço de consenso” está voltando primordialmente para a ressocialização do autor do fato e pode implicar, para

¹⁰ GRINOVER; Conciliação e Juizado de Pequenas causas, novas tendências. P. 179

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza; **Leis Penais e Processuais Penais comentadas, volume 2. Forense**, 10ª Ed. P. 514. 2017.

respeitar o princípio da autonomia da vontade, o “recuo” (leia – se: uso voluntariamente limitado) de certos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, tais como o de igualdade de oportunidades, o de presunção de inocência, o da verdade real, o de ampla defesa, contraditório etc.; já o espaço de conflito está marcado pela contrariedade de antagonismo, assim como pelo estrito respeito a todos os direitos e garantias fundamentais, podendo-se enumerar exemplificativamente o de presunção de inocência, o processo estrito, o da verdade material, contraditório, ampla defesa, recursos etc.¹²

Ao analisar a lei 9099 os autores supracitados pontuam:

A Lei 9099/99, que dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais, com vigência em todo território brasileiro desde 26 de Novembro de 1995, teve evidentemente como inspiração esse modelo politico-criminal “consensuado”. Do seu art. 2º está enfatizado que o processo, nas infrações de pequeno ou medio potencial ofensivo (que a própria lei encarregou-se de delimitar), além da simplicidade, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, deve buscar, sempre que possível, a conciliação ou a transação. O que se depreende desse dispositivo legal, desde logo, é não só uma nova e revolucionária forma de realizar o valor “justiça”, senão sobretudo que a conciliação (gênero) não é exatamente a mesma coisa que “transação” (espécie). A lei especifica as duas vias como apropriadas para se alcançar a celeridade, simplicidade.

Por sua vez, o Juiz Federal da 4ª Vara Federal de Uberlândia/MG, Flávio da Silva Andrade dispõe que:

A introdução de ferramentas de consenso na esfera criminal acarretou o surgimento de um novo modelo de resolução de controvérsias penais, qual seja, o da Justiça Penal Consensual, negociada ou pactuada. Trata-se de um modelo de justiça em que a solução é acordada entre as partes, ou seja, o desfecho para o caso criminal é forjado a partir da convergência de vontades dos litigantes, nos termos da lei. A justiça consensual contrapõe-se à justiça imposta ou conflitiva, em que a aplicação da pena pressupõe o tramite completo de um processo marcado pela produção de provas e pelo debate, até o pronunciamento do Estado-Juiz e a imposição da reprimenda ao réu, em caso de condenação.¹³

¹² GOMES e MOLINA, Luiz Flávio e Antônio Garcia-Pablos; **Criminologia**. Revista dos Tribunais, 3ª Ed. P. 473 e 474, 2000.

¹³ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 57, 2019.

3.2. Base legal:

A solução consensual como meio de tornar a justiça mais célere não é nova no Brasil, tendo seu primeiro passo dado no ordenamento jurídico brasileiro com a instauração da justiça do trabalho em 1934, passando a integrar o Poder Judiciário na Constituição de 1946. Através dessa nova justiça estabeleceu-se a ideia de solução de litígio entre empregador e empregado pela via conciliatória, o que deu a roupagem de ser uma justiça célere, econômica, oral, com corolários da mediação, etc. Nesse sentido, Grinover citou:

O processo do trabalho veio romper com os esquemas tradicionais do processo civil, rigorosamente dispositivo, abrindo caminho para a socialização do processo, por força da atribuição de poderes de direção e controle mais amplos ao juiz, da adoção de uma concreta igualdade das partes (desde acesso à justiça até a paridade de armas dos litigantes, implementada pelo juiz) e do esforço em busca da conciliação, num exemplo marcante de transformação do processo rumo a um grau mais elevado de deformalização, democratização e publicização.¹⁴

No campo do processo civil rumores da deformalização vieram com o Código de 1973 que, trouxe consigo, a obrigatoriedade da tentativa de conciliação para as causas que versassem sobre direito patrimonial de caráter privado e para os litígios relativos à família. Nos anos de 1992 a 1995 implantou-se reformas no que tange à antecipação da audiência de conciliação para momento anterior a audiência de instrução, o procedimento monitorio e a previsão da tutela antecipada.

Outro marco da ampliação da Justiça Consensual no Brasil no âmbito do Processo Civil se deu com a Lei nº 13.105 de 2015 que criou o Novo Código de processo civil. À título de exemplo, em seu artigo 3º, parágrafos 2º e 3º a lei dispõe que:

“O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual

¹⁴ GRINOVER; **Conciliação e Juizado de Pequenas causas**, novas tendências. P. 180.

de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Em matéria de proteção ao consumidor tem havido também crescente incentivo à conciliação, visto que com o decorrer da transformação da sociedade brasileira, foram estimulados diversos canais de mediação para a tentativa de conciliação, prévia e facultativa. Em 1980 foram instaurados diversos órgãos estatais de defesa do consumidor, o que veio acompanhando por vias conciliativas em que serviam como mediadores o Ministério Público, funcionários dos organismos de proteção ao consumidor e advogados.

No entanto, é notório que foi com os Juizados Informais de Conciliação e com o Juizado Especial de Pequenas causas (Lei 7.244/1984) que a Justiça Consensual tomou corpo e importância, evoluindo para uma justiça rápida e eficiente. Porém, apesar das claras vantagens da adoção de um sistema mais simples e célere, ainda havia muita resistência para abertura no que diz respeito a disponibilidade da ação e do processo. Nesse sentido dispõe Fernandes:

Na área criminal eram muito fortes as resistências para qualquer abertura no sentido de disponibilidade da ação e do processo. Imperavam soberanos os princípios da obrigatoriedade da ação (...). Em outros países como Alemanha, Itália e Portugal, também entre nós, intensificou-se o questionamento ao princípio da obrigatoriedade, pela descrença cada vez maior na ideia de que o Estado pode perseguir toda infração penal. Percebeu-se, principalmente pelos estudos da criminologia, que não tem ele condições de, com eficácia, dar vazão a intensa demanda da criminalidade, sendo assim utópica a ideia de que possa perseguir todos os infratores e puni-los adequadamente. Cresceram, por consequência, os movimentos tendentes a estimular aberturas na rigidez do princípio da indisponibilidade (...).¹⁵

Entretanto, foi com a Constituição Federal de 1988 que se teve o passo mais significativo para a evolução e implantação da Justiça Penal Consensual ao prever no artigo 98, inciso I que:

“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

¹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; **Processo Penal Constitucional**. Revista dos Tribunais, 2ª Ed. P. 188 e 189. 2000.

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.”

Após a edição dessa norma programática surgiram os primeiros projetos voltados para a criação e regulamentação dos juizados. Com a lei 9.099/95 vingou o chamado “Projeto Michel Temer” que apoiava-se no direito comparado da Itália e de Portugal.

O caminho para a edição final da Lei 9.099/95 não foi curto, tanto que alguns estados da federação como Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraíba criaram Juizados Especiais durante esse período, sendo futuramente consideradas como inconstitucionais as leis criadas por esses estados, visto que apenas a União era competente para fazê-lo.

Com a Justiça Consensual mais presente no ordenamento e no costume das práticas judiciais, surge, na seara das bases legais mais atuais, o Ministério Público editando rico fundamento para a Justiça Penal Consensual através da Resolução nº 181 de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, ao tratar do acordo de não persecução penal, que será mais aprofundado no capítulo 4 do presente trabalho. Em breve síntese, através desse acordo realizado entre o *Parquet* e o acusado, mediante o cumprimento de algumas condições, haverá a resolução antecipada do caso, resultando no arquivamento do feito. Vale mencionar que, para que tal acordo seja possível, o delito deve ter sido cometido sem violência ou grave ameaça e para os quais a lei comine pena mínima inferior a 4 (quatro) anos de prisão.

Ainda nesse sentido, vale mencionar a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (Resolução nº 125/2010) implementada pelo Conselho Nacional de Justiça que, consiste em estimular mecanismos consensuais de solução de litígios, incentivando a negociação, a mediação, a conciliação e o processo restaurativo.

Com a Justiça Consensual sendo considerada uma realidade no Brasil, surgem cada vez mais projetos de lei com o intuito de dar a celeridade tão clamada pela sociedade de uma forma geral. Como exemplo pode-se citar o Projeto de Lei nº 8045/2010 que pretende instituir um novo Código de Processo Penal, em que haverá previsão de um procedimento sumário para que, Ministério Público e acusado possam requerer juntos o julgamento antecipado do mérito e a aplicação imediata da pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumaríssimo e cuja pena máxima não seja superior a 8 (oito) anos.

Outro exemplo é o do Projeto de Lei 10372/2018 que tramita na Câmara dos Deputados. A PL tem como proposta modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Se aprovada acrescentará o artigo 28-A ao Código de Processo Penal dispondo:

“Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal...”

3.3. Natureza jurídica:

Há opiniões divergentes quanto à natureza jurídica da transação penal. Alguns entendem que trata-se de direito subjetivo do acusado, tendo em vista o poder-dever do Ministério Público de propor a transação penal quando preenchidos os requisitos legais. Assim, perante a recusa do promotor em oferecê-la, mesmo que de forma motivada, poderia o juiz, de ofício, proporcionar ao acusado a oportunidade de aceitar um acordo via transação penal. Essa posição não é mais a dominante. Conforme Flávio da Silva Andrade ensina:

A natureza jurídica da transação penal é de acordo de vontades, ou seja, é de autocomposição, de negócio jurídico processual celebrado entre as partes. Grande parte da doutrina entende que a natureza jurídica do instituto é de direito subjetivo do réu, mas essa posição perdeu a força com a consolidação do entendimento [...] de que prevalece, em caso de recusa do promotor,

aquilo que for decidido pelo Procurador-Geral de Justiça, ou seja, pelo próprio Ministério Público.¹⁶

A natureza jurídica da suspensão condicional do processo, da mesma forma que a da transação penal, não possui unanimidade. Parte da doutrina entende que trata-se de um mecanismo jurisdicional ínsito na discricionariedade regrada do acusador, oriunda do ordenamento jurídico. Vale mencionar que a discricionariedade regrada faz com que somente o *Parquet* possa avaliar o cabimento ou não do instituto, sendo verdadeira faculdade absoluta do membro que o faz através de critérios de conveniência e política criminal.

Em contrapartida, outros autores afirmam que a suspensão condicional do processo tem natureza de direito subjetivo do acusado. Damásio de Jesus defende que, desde que preenchidas as condições legais, a suspensão é direito subjetivo do acusado, não cabendo escolha do membro do Ministério Público. Essa última posição é adotada por Paulo Lúcio Nogueira e Antônio Carlos de Campos Machado Júnior.

Porém, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nos termos das jurisprudências em tese: A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada.

A colaboração premiada, por sua vez, pode ser vista sob o prisma de três naturezas jurídicas distintas: a do direito processual, material e como negócio jurídico. Essa natureza tríplice se dá, pois, a essência jurídica do instituto tem fundamento nos três ramos mencionados.

Uma de suas naturezas jurídicas encontra base no direito material tendo em vista as consequências jurídico-penais que um acordo de colaboração pode trazer, como por exemplo, na dosimetria da pena podendo implicar em alteração, redução ou

¹⁶ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 57, 2019.

isenção da pena, alteração no regime prisional, pode, ainda, servir como perdão judicial ou até mesmo como uma espécie de imunidade.

No campo do processo penal a natureza jurídica da colaboração premiada é atrelada a ideia de que a colaboração premiada é um modo especial e particular de investigação, sendo, portanto, um instrumento moderno, por meio do qual se atinge o escopo a que se destinou a colaborar. Posto isso, liga o agente colaborador aos frutos da colaboração.

Já, na esfera da Teoria Geral do Direito Penal e Processual Penal, tem-se a natureza jurídica de negócio jurídico processual público. O acordo de colaboração premiada deve também ser visto sob este prisma porque o negócio jurídico em si não pode ser versado, apenas, sob a lógica do direito privado, mas também sob a do direito público, pois, elementos como legalidade, legitimidade, eficiência, validade e eficácia do negócio requerem a necessidade de adequação e modulação do que é importado também do direito penal lato senso. Nesse sentido, Cleber Masson e Vinícius Marçal argumentam “a colaboração premiada tem natureza jurídica de negócio jurídico processual e é meio especial de obtenção de prova, materializado em um ‘acordo’ reduzido a ‘termo’ para devida homologação judicial (art. 4º, §§6º e 7º, da LCO)”.¹⁷

No que tange à natureza jurídica do instituto do acordo de não persecução penal tem-se que é um instrumento jurídico de natureza extrajudicial, que consubstancia a política criminal do titular da ação penal pública, cuja homologação tem natureza meramente declaratória. Neste sentido, a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constará de certidão de antecedentes criminais e nem pode ser executado em caso de descumprimento.

3.4. Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade:

Extraí-se da hermenêutica do artigo 129, inciso I da Carta Magna de 1988 a clara regra do ordenamento jurídico pátrio: o Ministério Público é o titular da ação penal; esse entendimento não impede a existência de ações penais privadas, posto se tratar da regra geral que comporta exceções estabelecidas pelo legislador ordinário, como se há muito prevê o Código Penal e Código de Processo Penal.

¹⁷ MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. Método. 2ª Ed. Pg. 121-123, 2016.

Tendo por base essa regra, desenvolveram-se duas correntes no mundo a respeito do dever de persecução penal pelo *Parquet*, a saber: oportunidade ou obrigatoriedade. A discussão é tema de debruce pela doutrina mundial, haja vista que em última instância se trata da própria ideia de como o Estado, representado por seu aparato acusador, deve tratar a persecução de criminosos, bem como da possível existência de um pré-julgamento pelo órgão do Ministério Público, se, conforme a famigerada parêmia o advogado é o primeiro juiz da causa, no caso da acusação penal, o Ministério Público é o primeiro juiz da causa.

A corrente da oportunidade preceitua a possibilidade de o promotor de justiça avaliar a conveniência ou não da propositura da ação penal, trata-se da positivação do aforismo mínima *non curat praetor*. Diversos ordenamentos preveem essa regra, como o Alemão, Frances, Noruegues, a qual ganha cada dia mais adeptos na doutrina pátria e adequa de modo mais qualificado o imperativo de dignidade da pessoa humana, posto que, não obstante a acusação penal não tornar certa a condenação do cidadão, ela já produz per si danos irrecuperáveis na vida do acusado que se vê atormentado pela incerteza de uma possível condenação pelo Estado, em situações as quais o Estado Juiz não deveria ser acionado.

De outro bordo, parte da doutrina pontifica que se o legislador estabeleceu certos tipos penais e criminalizou certas condutas, descaberia ao Ministério Público simplesmente ignorá-las, visto que a criminalização já estaria posta, de certo modo, seria uma afronta a vontade do povo, estabelecida por meio do poder legislativo.

No Brasil, a despeito de se pulular uma série de tipos penais num ordenamento penal inchado, extenso e de difícil aplicação prática, não foram previstas, originalmente, medidas de conveniência ao *parquet*, sendo a obrigatoriedade regra inscrita no artigo 28 do Código de Processo Penal e no artigo 357, parágrafo primeiro do Código Eleitoral:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia,

designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Art. 357. Verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 (dez) dias. § 1º Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento da comunicação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e este oferecerá a denúncia, designará outro Promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Sobre esse tema esclarece Fernando da Costa Tourinho Filho:

O princípio da legalidade é o que melhor atende aos interesses do Estado. Dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação penal, deve promovê-la (sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social). O contrário implicaria atribuir-lhe um desconchavado poder de indulto. Por isso, como acertadamente diz Vélez Mariconde, embora inexata a afirmativa de que do crime surge a ação penal, deve esta ser aceita, no sentido de que do delito surge, necessariamente, para os órgãos de persecução, o dever de atuar em procurar da repressão. Cabendo ao ministério Público o exercício da ação penal pública (princípio da oficialidade), o princípio da legalidade impõe-lhe outro dever, qual o de promover a ação penal sem inspirar-se em motivos políticos ou de utilidade social. A luta contra o crime, diz Carnelutti, *interest rei publicae*. Assim, o órgão do Ministério Público é obrigado a promover a ação penal cum lege et secundum legem, sem que nada possa deter.¹⁸

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também está de acordo com essa regra, conforme a Súmula 438 - É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. (Súmula 438, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010), que impede o reconhecimento da prescrição virtual, obrigando, assim, a denúncia pública, além de diversos outros julgados que prelecionam a obrigatoriedade da ação penal.

Como se verá adiante, outra é a feição desse princípio no ordenamento atual, não se tratando de abandonar a obrigatoriedade, mas de afeiçoá-la ao moderno direito

¹⁸ TOURINHO; Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. Sarava. 34ª Ed. Pg. 121-123, 2012.

penal, que trata diferentemente situações penais mínimas e máximas, conforme o bem jurídico atingido e o dano social alcançado. Nesse sentido o Excelso Pretório:

Significância penal. Conceito constitucional. (...) Ao prever, por exemplo, a categoria de infrações de menor potencial ofensivo (inciso I do art. 98), a CF logicamente nega a significância penal de tudo que ficar aquém desse potencial, de logo rotulado de "menor"; ou seja, quando a CF concebe a categoria das infrações de menor potencial ofensivo, parece mesmo que o faz na perspectiva de uma conduta atenuadamente danosa para a vítima e a sociedade, é certo, mas ainda assim em grau suficiente de lesividade para justificar uma reação estatal punitiva. Pelo que estabelece um vínculo operacional direto entre o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, por menor que seja, e a necessidade de uma resposta punitiva do Estado. [HC 109.277, rel. min. Ayres Britto, j. 13-12-2011, 2ª T, DJE de 22-2-2012.]

A razão de ser da existência de novas regras legais é o trato constitucional estabelecido no artigo 98, I da Constituição Federal de 1988, bem como o influxo principiológico que atinge todo ordenamento, recepcionando algumas normas pré constitucionais, mas exigindo uma leitura temperada.

A doutrina da intervenção mínima vem de encontro com essa nova realidade, se a lesão ao bem jurídico é de baixa significância proponha-se medidas mais adequadas, tais como as exibidas na lei 9099 de 1995, lei do Juizados Especiais, a qual permite expressamente a transação penal, de modo que consolidou a mitigação da obrigatoriedade da denúncia, não se trata de uma americanização do processo penal, mas do acolhimento de certos princípios constitucionais na busca pela justiça penal adequada e eficiente. Essa medida alvissareira, não é a única possibilidade da aplicação da oportunidade da ação penal pelo parquet, mas é sem dúvidas a medida inaugural no Brasil.

3.5. Distinção com a justiça litigiosa:

Na visão processualista a acusação e defesa se digladiam na tutela de seus próprios interesses, sendo o Juiz o elemento que sana a contenda e dirime o litígio.

Desagua dessa luta que a defesa busca resistir a pretensão estatal, usando todos os meios cabíveis em Direito.

A doutrina se divide quanto aos conceitos de lide propriamente dita no processo penal; entretanto, a corrente majoritária entende que são aplicáveis certos conceitos tradicionais de lide ao processo penal, nesse sentido, Mirabete:

Em razão da convivência do homem com os outros homens podem surgir conflitos de interesses quando os de um se opõem aos de outro. O mesmo ocorre quando esses interesses em conflito pertencem de um lado ao Estado e de outro a um homem. Com a prática de um ato ilícito penal surge um conflito de interesses entre o direito subjetivo de punir do Estado (*jus puniendi in concreto*) e o direito de liberdade do indigitado autor da infração (*jus libertatis*). Trata-se de um conflito de interesse regulado pelo direito que, no dizer de Carnelutti, é “uma situação favorável à satisfação de uma necessidade que exclui a situação favorável de uma necessidade diversa”. Dessa exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio resulta a existência de uma pretensão. Esta existe, portanto, “quando uma das partes afirma contra uma outra, que se compete, em um conflito de interesses a proteção de um direito”. Na esfera penal, da exigência de subordinação do interesse do autor da infração penal ao interesse do Estado, resulta a pretensão punitiva. Havendo oposição de uma parte à pretensão de outra, passa a existir a lide. Lide existe quando, no conflito de interesses, uma parte se opõe à pretensão da outra. Como assinala Hélio Tornaghi, “o conflito de interesses passa a ser uma lide em virtude do comportamento das partes; uma que pretende, outra que resiste a pretensão”. A lide é, pois, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. No campo penal, opondo-se o titular do direito de liberdade à pretensão punitiva e não podendo o Estado impor, de plano, o seu interesse repressivo, surge a lide penal. Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão do Estado, deve fazê-lo, pois o Estado também tutela o *jus libertatis* do imputado autor do crime. [...].

No sentido da inexistência da lide em ação penal publica o Superior Tribunal de Justiça (STJ) conforme se extrai da ementa do Recurso Especial nº. 13.375/RJ:

RESP – RECURSO – ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO – O PROCESSO PENAL É COMPLEXO DE RELAÇÕES JURIDICAS QUE TEM POR OBJETO A APLICAÇÃO DA LEI PENAL, NÃO HÁ PARTES, PEDIDO OU LIDE, NOS TERMOS EMPREGADOS NO PROCESSO CIVIL. JURIDICAMENTE, ACUSAÇÃO E DEFESA CONJUGAM ESFORÇOS, DECORRÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DEFESA AMPLA, PARA ESCLARECIMENTO DA VERDADE REAL. NINGUÉM PODE SER CONDENADO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL. O ASSISTENTE TAMBÉM É INTERESSADO NA AVERIGUAÇÃO DA VERDADE SUBSTANCIAL. O INTERESSE NÃO SE RESTRINGE A AQUISIÇÃO DE TÍTULO EXECUTÓRIO PARA

REPARAÇÃO DE PERDAS E DANOS, O DIREITO DE RECORRER, NÃO O FAZENDO O MINISTÉRIO PÚBLICO, SE DÁ QUANDO A SENTENÇA ABSOLVEU O RÉU OU POSTULADO AUMENTO DA PENA. A HIPÓTESE NÃO SE CONFUNDE COM A JUSTIÇA PRIVADA. A VÍTIMA, COMO O RÉU, TEM DIREITO A DECISÃO JUSTA. A PENA, POR SEU TURNO, É A MEDIDA JURÍDICA DO DANO SOCIAL DECORRENTE DO CRIME.

A despeito dos embates teóricos, cabe explicar as diferenças fundamentais entre a justiça litigiosa tradicional e a consensual. Para tanto, cabe ressaltar o aspecto assaz relevante da distinção entre as duas formas de resolução de conflitos: a voluntariedade na resolução da contenda.

Em menor ou maior grau, a depender da lei regente, a justiça penal consensual outorga um poder decisão a parte, que, por decisão pessoal, acolhe uma pena (lato sensu) prescindindo do decorrer do processo judicial ortodoxo. Essa pena tem a mesma feição e poder de uma decisão judicial em processo litigioso e indubitavelmente produz celeridade, eficácia e menor onerosidade na prestação judicial.

Outro ponto relevante é a outorga de poderes ao Ministério Público, que se traduz num órgão não apenas acusatório, como nunca foi na Constituição Federal de 1988, mas num instrumento de promoção de justiça, através de concerto entre as parte.

Capítulo 04

Espécies de justiça penal consensual

4.1. Transação penal:

A transação penal foi inserida pela Lei 9.099/95 no artigo 76, sendo uma ferramenta despenalizadora que antecede ao processo, ou seja, baseia-se no Direito Penal Consensual que mitiga o princípio da obrigatoriedade do processo, da existência de um devido processo legal, isto é, sistema pelo qual se exige que, para a imposição de uma pena, faz-se mister que o agente tenha sido devidamente processado e tenha uma sentença condenatória contra ele.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

A transação envolve um acordo entre órgão acusatório, na hipótese enunciada no art. 76 da Lei 9.099/95, e autor do fato, visando à imposição de penal de multa ou restritivas de direito, imediatamente, sem a necessidade do devido processo legal, evitando-se, pois, a discussão acerca da culpa e os males trazidos, por consequência, pelo litígio na esfera criminal. Entendemos que, em virtude do disposto no art. 98, I, da Constituição Federal, autorizando expressamente a transação penal, ela poder admissível em nosso ordenamento jurídico.¹⁹

Para Antonio Scarance Fernandes a transação penal não deve ser comparada aos institutos consensuais americanos, por não haver, naquela admissão de culpa. Nesse sentido:

A transação prevista na lei não se identifica com os institutos do *guilty plea* ou do *plea bargaining*, pois não há aceitação de culpa, nem há conciliação entre o Ministério Público e a defesa com a finalidade de se obter uma confissão do réu em troca de alguma vantagem, como a acusação por um crime menos grave ou por um número menor de crimes. Não há na transação da Lei 9.099/95 aceitação de culpa. O autor do fato, ao aceitar a proposta do Ministério Público, não estará reconhecendo a sua culpa, tanto assim que não

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza; **Leis Penais e Processuais Penais comentadas, volume 2. Forense**, 10ª Ed. P. 514. 2017

perde a primariedade e a anotação no registro criminal só terá a finalidade de impedir nova transação no prazo de cinco anos.²⁰

Ainda no sentido da não assunção de culpa, vale acrescentar que, conforme a sumula vinculante 35 a sentença homologatória da transação penal não faz coisa julgada material e, descumprindo suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. Nesse sentido, afirma Flávio da Silva Andrade:

Essa escoreita posição da Corte Suprema Brasileira decorre do fato de não ter havido confissão ou assunção de culpa pelo autor do fato, não tendo sequer sido instaurada a ação penal. Assim, admitir a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade equivaleria a admitir manifesta violação do devido processo legal e de seus corolários (ampla defesa, contraditório, etc).²¹

No entendimento de Fernando Capez para que tenha aplicação a transação penal fez-se necessário haver uma certa flexibilização do princípio da legalidade, bem como passar-se a aplicar a discricionariedade regrada. Assim, dispõe:

No lugar do tradicional e inflexível princípio da legalidade, segundo o qual o representante do Ministério Público tem o dever de propor a ação penal pública, só podendo deixar de fazê-lo quando não verificada a hipótese de atuação, caso em que promoverá o arquivamento de modo fundamentado (CPP, art. 28), o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais é informado pela discricionariedade acusatória do órgão ministerial. Com efeito, preenchidos os pressupostos legais, o representante do Ministério Público pode, movido por critérios de conveniência e oportunidade, deixar de oferecer a denúncia e propor um acordo penal com o autor do fato, ainda não acusado. Tal discricionariedade, contudo, não é plena, ilimitada, absoluta, pois depende de estarem preenchidos os requisitos legais, daí ser chamada pela doutrina de discricionariedade regrada.²²

Com relação à aplicação da transação penal, faz-se mister o cumprimento de alguns requisitos dispostos no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, são eles:

²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance; **Processo Penal Constitucional**. Revista dos Tribunais, 2ª Ed. P. 204. 2000.

²¹ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 168, 2019.

²² CAPEZ, Fernando; **Curso de Processo Penal**; Saraiva, 21ª Ed. P. 613. 2014.

“Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 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.

Como requisito preambular cabe salientar a capacidade na proposição da transação penal em que o núcleo de decisões desloca-se do juiz para o membro do Ministério Público, conforme clara leitura do caput do artigo 76 da referida lei. No caso de eventual negativa do *Parquet* em propor o acordo de transação penal, prevalece que o processo deve ser remetido ao Procurador-Geral de Justiça, para que, através de manifestação fundamentada formule ou não a proposta de transação penal.

Similar discussão ocorreu com o instituto da suspensão condicional do processo, o que resultou na súmula de número 696 do Supremo Tribunal Federal que aplica-se também à transação penal: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Logo abaixo, a lei elenca certos requisitos negativos, o qual restringe a aplicação desse instituto a certos crimes de baixo potencial ofensivo, bem como agentes que não tidos como criminosos contumazes.

O inciso I estabelece a negativa geral de o autor da infração ter sido condenado a prática de crime apenado com pena privativa de liberdade, desde que por sentença definitiva, cabe ressaltar que a interpretação favorável ao agente impele que a sentença tenha transitado em julgado; não obstante esse tema ser alvo de intensos e calorosos debates na jurisprudência e doutrina.

O inciso II do parágrafo 2º estabelece uma exceção a própria natureza restritiva da reincidência penal na homologação, visto que acolhida a proposta do *Parquet* e homologada a transação penal não haverá a reincidência para o acusado; entretanto, haverá o registro dessa ocorrência para obstar eventual pedido de transação penal no lustro temporal estabelecido na lei, tal norma se adequa ao espírito da lei e busca aquilatar justamente os acusados, sem olvidar de desincentivar certas condutas corriqueiras de criminosos, que estariam sempre acolhidos pela suavidade da aplicação desse instituto.

O inciso III pontua a aferição de critérios pessoais, do próprio fato criminoso em si e sociais para a viabilidade do oferecimento da proposta de transação penal pelo Ministério público.

A despeito da lei elencar o promotor e o juiz para a perfeita completude da transação penal, na prática dos tribunais observa-se que um dos grandes fatores que trazem problemas à aplicação do instituto é a ausência do magistrado na audiência em que se propõe a transação penal. O que tem ocorrido com muita frequência é o fato do juiz leigo propor a conciliação e encaminhar a proposta de transação penal formulada pelo membro do Ministério Público. Assim, muitas vezes não há juiz e nem promotor nas audiências preliminares.

Ainda, como não foi mencionado na Lei nº 9099/05 a possibilidade de transação penal para as ações penais privadas, entende-se que é admissível, visto que se assim não fosse ofender-se-ia à isonomia, impedindo que o instituto alcançasse autores de infrações mais leves. Quando assim for, a vítima do delito, isto é, o querelante deve fazer a proposta mediante direto controle do juiz. Esse entendimento não é unânime ao passo que alguns sustentam que o Ministério Público deveria fazer a proposta. Nesse sentido dispõe o enunciado criminal nº 112 do FONAJE: “Na ação penal de

iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público (XXVII Encontro – Palmas/TO)”.

Ressalta-se que em leis especiais há a presença da tópica de transação penal como a lei dos crimes ambientais nº 9.605 de 1998 que possui a peculiaridade de exigir a prévia composição dos danos para homologação da transação penal. E mais, a Lei Maria da Penha nº 11.340 de 2006 estabeleceu a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099 de 1995 nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme súmula 536 do STJ: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

A despeito da maioria da doutrina elogiar o instituto, Maria Lúcia Karam entende que:

A transação penal favorece a punição de condutas que deveriam ser descriminalizadas e também leva à concretização antecipada do direito de punir, com violação das garantias constitucionais do autor do fato infracional. Nesse ponto, a transação penal implica uma punição consentida por meio da renúncia do direito fundamental de defesa, mecanismo repressor e autoritário que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.²³

A assertiva de que os Juizados Especiais Criminais aumentam o poder punitivo do Estado não deve prosperar. Todavia, é verdade que a transação penal pune, muitas vezes, condutas que se levadas adiante, isto é, não tivesse oferecimento da proposta e seguisse o curso de um processo normal, seriam arquivadas. Isso ocorre devido à falta de um controle judicial prévio de admissibilidade de imputações oriundas dos termos circunstanciados.

Todavia, a afirmação de que a transação penal seria inconstitucional por caracterizar-se como punição consentida por renunciar o direito de defesa, não prevalece no entendimento majoritário. Isso porque, o acusado deve, a todo momento, ser assistido por advogado e, ao aceitar a proposta de transação penal, parte-se do pressuposto de que foi orientado para aceitá-la tendo em vista ser mais benéfico em

²³ KARAM, Maria Lúcia; Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do direito de punir. Revista dos Tribunais, P 37, 2004.

seu contexto. O que ocorre, em verdade é que, o autor do fato de forma voluntária, deixa de exercer o direito ao contraditório e à produção de provas, com fundamento no princípio da autonomia da vontade e na autodeterminação do indivíduo.

Apesar das vantagens citadas, acredita-se que o instituto da transação penal pode ser melhorado. Segundo Flávio da Silva Andrade o desenho poderia ser melhorado com as seguintes mudanças:

a) fazer constar da lei que os termos circunstanciados de ocorrência sejam remetidos primeiro ao Ministério Público a fim de que, conforme o caso, ofereça denúncia, requeira o arquivamento ou determine a realização de diligências tendentes a melhor elucidar os fatos; b) se entender pela persecução penal em juízo, o Ministério Público deverá ofertar denúncia, com todos os seus requisitos, narrando os fatos e fazendo a capitulação jurídica que entender adequada. A experiência mostra que não é suficiente encaminhar o TCO ao juízo, devendo o membro do Ministério Público narrar e capitular o evento delitivo que é imputado ao autor do fato e; c) antes de designar audiência preliminar, o juiz deverá intimar o denunciado para apresentar resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 272 do projeto do novo CPP), podendo a defesa impugnar ou não a peça acusatória. Somente depois da decisão entendendo pelo juízo positivo de admissibilidade da denúncia é que o magistrado poderá designar a audiência preliminar para a tentativa de solução consensual. Se houver acordo, assegurados todos os benefícios já atualmente previstos em lei, a marcha processual e o prazo prescricional deverão ficar suspensos até o cumprimento da medida. Não havendo consenso, deverá ser designada audiência de instrução e julgamento.²⁴

Acredita-se que com essas alterações a audiência preliminar só seria designada após ter havido análise mais assídua do caso pelo promotor e pelo juiz, o que levaria ao arquivamento do TCO ou à rejeição da denúncia em casos de insignificância e atipicidade. Nesse sentido, Stepham Gomes Mendonça assinala que:

Salvo raras exceções, quando o termo circunstanciado chega às mãos do membro do Ministério Público, é requerida, de imediato, a designação de audiência preliminar para possível composição dos danos causados pela infração e, sem um maior aprofundamento acerca da viabilidade ou não da acusação, já se delimita a proposta de transação penal, no caso de restar infrutífera a composição civil. Há incontestável banalização do instituto, em prejuízo do suposto autor do fato, visando à rápida resolução dos processos.²⁵

²⁴ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 170 e 171, 2019.

²⁵ MENDONÇA, Stepham Gomes; **Lei dos Juizados Especiais: 20 anos de vigência e reflexos no processo penal**. Revista jurídica Consulex, v XIX, P. 10, 2015.

4.2. Suspensão condicional do processo:

A suspensão condicional do processo é tratada na Lei 9.099/95 no artigo 89 e objetiva evitar que o processo inicie quando se tratar de crimes cuja pena mínima não ultrapasse um ano, quando o acusado não for reincidente em crime doloso e que não esteja sendo processado por outro crime. Sendo assim, é uma forma de solução alternativa para os problemas penais. Somados a esses requisitos, devem ser observados aspectos subjetivos da personalidade do agente. A propósito, com acerto, Guilherme de Souza Nucci aduz:

Trata-se de um instituto de política criminal, benéfico ao acusado, proporcionando a suspensão do curso do processo, após o recebimento da denúncia, desde que o crime imputado ao réu não tenha mínima superior a um ano, mediante o cumprimento de determinadas condições legais, com o fito de atingir a extinção da punibilidade, sem necessidade do julgamento do mérito propriamente dito. É denominado, também de *sursis* processual.²⁶

De acordo com Luiz Flávio Gomes:

O que temos, em síntese, é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante o período de prova. Concretizado o plano traçado consensualmente, sem que tenha havido revogação, resulta extinta a punibilidade, isto é, desaparece a pretensão punitiva estatal decorrente do fato punível descrito na denúncia.²⁷

No entendimento de Antonio Scarance Fernandes:

Aproveitando a regulamentação que era feita ao texto constitucional a respeito do Juizado Especial Criminal, com o objetivo de ampliar o leque de atuação na nova justiça consensual em matéria penal, introduziu-se no sistema brasileiro a suspensão condicional do processo, através do art. 89 da Lei 9.099/95. O âmbito dos crimes na suspensão excede o das infrações de menor potencial ofensivo. Estas constituem infrações em que a pena máxima cominada não excede a um ano (art. 61). Já a suspensão do processo é admitida nos crimes em que a pena mínima cominada é igual a ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei 9.099/95, atingindo portanto numero de infrações penais bem superior ao daquele representado pelas infrações de menor potencial ofensivo.²⁸

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza; **Leis Penais e Processuais Penais comentadas, volume 2. Forense**, 10ª Ed. P. 573. 2017.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio; **Suspensão Condicional do Processo Penal**. Revista dos Tribunais, P. 124, 1995.

²⁸ FERNANDES, Antonio Scarance; **Processo Penal Constitucional**. Revista dos Tribunais, 2ª Ed. P. 210. 2000.

Conforme bem ensina Antônio Carlos da Ponte, o instituto da suspensão condicional do processo não deve ser confundido com o *probation* anglo-saxônica, por este ocorrer apenas na sentença condenatória:

Extrai-se do disposto no artigo 89 da Lei 9.099/95 que a suspensão condicional do processo será cabível nas infrações penais, cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Denominada de *sursis processual*, não se confunde com o *sursis* propriamente dito, que pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado; e muito menos com a *probation* anglo-saxônica, onde ocorre apenas a suspensão da sentença condenatória. A suspensão condicional do processo faz com que o feito seja suspenso desde o início, isto é, após o recebimento da petição inicial acusatória. Isso acontece desde que o Ministério Público, presentes os requisitos legais, ofereça a proposta de suspensão, esta seja aceita pelo acusado e, em seguida, deferida pelo juiz de direito.²⁹

Dividindo o mesmo entendimento que Antonio Carlos da Ponte, tem-se Antonio Scarance Fernandes que dispõe: Em que pese sua natureza transacional, a suspensão não pode, entretanto, ser confundida com os institutos anglo-saxônicos da *probation* e do *guilty plea*, tampouco com o *plea bargaining* norte-americano.

Para a perfeita aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, necessário que se cumpra os requisitos dispostos no artigo 89 da Lei nº 9.099/95:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, 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. (Art. 77 do Código Penal)

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;

²⁹ DA PONTE, Antonio Carlos sob coordenação de COSTA e SILVA; José de Faria e Marcos Antonio Marques; **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Quartier Latin, 1ª Ed. P. 667. 2006.

- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.”

Em se tratando do primeiro requisito disposto no preâmbulo do aludido artigo, a suspensão condicional do processo pode ser proposta quando a pena mínima for igual ou inferior a um ano. Já na transação penal, como visto, tem-se como patamar a pena máxima cominada ao delito, que não pode ser maior do que dois anos de privação de liberdade. Ainda, a transação penal ocorre em fase pré processual enquanto que a suspensão condicional do processo se dá após oferecimento e eventual recebimento da denúncia.

Flávio da Silva Andrade conceitua a suspensão condicional do processo como:

“O instrumento em questão pode ser definido como um acordo ou transação processual entre o autor da ação penal e o acusado, acarretando o sobrestamento do processo. O ministério Público contenta-se com a imposição de condições a serem cumpridas pelo réu e este deixa de pleitear sua absolvição. Assim como a transação penal, o *sursis* processual se aproxima mais do instituto norte-americano do *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência.”³⁰

Como segundo requisito também disposto no preâmbulo tem-se que, além da aludida pena mínima, o acusado não pode estar sendo processado ou já ter sido condenado por outro crime desde que, deste último, não tenha se passado o prazo de 5 (cinco) anos, isto é, se ainda gerar o efeito da reincidência. Sendo assim, caso tenha se passado o prazo de 5 (cinco) anos desde a condenação, esta não pode servir para impedir a concessão do benefício.

No que diz respeito à proibição de se oferecer a suspensão condicional do processo devido ao agente estar sendo processado, muito se discute na doutrina se isso não feriria diretamente ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Porém, tem domínio o entendimento de que não haveria em se falar de violação ao referido princípio, haja vista que o fato de não se propor a

³⁰ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 175, 2019.

suspensão condicional do processo não significa que o acusado será privado de qualquer direito, em verdade, será o processo devidamente seguido com todos os trâmites necessários e estabelecidos em lei, bem como, serão respeitadas as garantias constitucionais, conforme dispõe o parágrafo 7º do art. 89 da lei 9.099/95:”§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.”

Nesse sentido:

Suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89): descabimento quando o acusado esteja sendo processado ou já foi condenado por outro crime: precedente do Plenário (RHC 79.460-2, 16.12.99, Nelson Jobim, DJ 18.5.2001). (STF - RE: 299781 SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 04/09/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 05-10-2001 PP-00057 EMENT VOL-02046-10 PP-02046)

Ademais, quando o *caput* do artigo 89 menciona “presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art 77 do Código penal) está se referindo a culpabilidade, antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente.

Em muito se critica o atual formato da suspensão condicional do processo, pois, na prática há um certo desprezo pelo *iter* processual adequado, visto que, o juiz costumeiramente sequer analisa a admissibilidade da peça acusatória; a prática forense ignora essa etapa e remete diretamente a audiência para solução consensual.

O anteprojeto do novo Código de Processo Penal, ciente dessa realidade, pontifica a inversão ordinária processual e estabelece que o réu será citado para apresentar resposta escrita em 10 (dez) dias, antes mesmo do juízo de admissibilidade da exordial. Nesse caso, apenas se o juiz receber a denúncia em decisão fundamentada é que será designada audiência para proposta de suspensão condicional do processo. E, assim como na transação penal, evitar-se-ia a aplicação do benefício para os casos em que nem sequer teriam a denúncia aceita pelo magistrado.

No caso de o acusado aceitar a proposta do *sursis* processual, o período de suspensão será de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e, durante esse período, o acusado se submete às seguintes condições, artigo 89, parágrafo 1º e ss:

“§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.”

Quanto à possibilidade de o magistrado aplicar outras condições para a suspensão, boa parte da doutrina entende que isso seria inconstitucional, haja vista que o papel do juiz deve ser o de apenas analisar o cumprimento dos requisitos já dispostos em lei.

Cabe, ainda, pontuar que durante o período da suspensão condicional do processo não corre o prazo prescricional, conforme dispõe o parágrafo 6º do artigo 89 da lei 9099/95: “§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo”.

Cumprir lembrar que, se o acusado cumprir os requisitos legais para o oferecimento da proposta de *sursis* processual e ainda assim o membro do Ministério Público se recusar a fazê-lo, os autos serão enviados ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art 28 do CPP, conforme a Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal.

A suspensão condicional do processo será revogada se ocorrer alguma ou algumas das seguintes situações:

“§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano; § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta”.

A despeito da revogação do benefício no caso do acusado vir a ser processado, muito se discutiu se não feriria a constituição, uma vez que, enquanto o processo está em andamento o indiciado é considerado inocente e não pode ser tratado como condenado. Por outro lado, há quem entenda que a lei é clara e que se o sujeito for processado, há de se revogar o aludido benefício. Nesse sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PACIENTE PROCESSADO POR OUTRO CRIME. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. FATOS ANTERIORES AO PERÍODO DA SUSPENSÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A inobservância das condições legais ou judiciais impostas ao beneficiado pela suspensão condicional do processo constitui fato extintivo do direito à declaração de extinção da punibilidade baseada no término do período de prova. 2. A revogação do benefício independe de declaração expressa no curso do prazo de suspensão, bastando, para que seja implementada, a ocorrência de fato impeditivo da extinção da punibilidade naquele período. 3. Tratando-se de benefício de índole processual, mostra-se irrelevante que os fatos apurados no novo processo instaurado sejam anteriores ao período da suspensão, uma vez que, nos termos do art. 89, § 3º, da Lei 9.099/95, "A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime". 4. No caso, durante o período de prova do sursis processual, o paciente foi denunciado por outro crime, razão pela qual se justifica a revogação do benefício. 5. Ordem denegada. (STJ - HC: 62401 ES 2006/0149516-3, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 20/05/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 23/06/2008)

Expirando-se o período de provas sem que tenha sido revogado o benefício, o juiz declara extinta a punibilidade. Em se tratando de crimes ambientais, vale dizer

que para que isso ocorra, faz-se mister que o acusado apresente laudo de constatação de reparação do dano ambiental, salvo se de impossível reparação.

Ainda, segundo a súmula 536 do STJ tanto a suspensão condicional do processo quanto a transação penal não podem ser aplicados quando os delitos estiverem sujeitos a Lei Maria da Penha nº 11.340/2006. Porém, se delito vier a ser desclassificado torna-se cabível o *sursis* processual, nos termos da súmula 337 daquela corte.

Por fim, muito se discute se a suspensão condicional do processo seria cabível para os crimes de ação penal privada, haja vista que a lei é omissa nesse aspecto. Os mais legalistas defendem não ser possível a aplicação do instituto nesses casos pois não admitem aspectos extratextuais. Já, há aqueles que, através de uma interpretação sistemática com fundamento em princípios constitucionais, admitem, por analogia, a aplicação do instituto nesses tipos de ação. Felizmente esse tem sido o entendimento adotado pela maioria da doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, enunciado nº 90 do FONAJE: "Na ação penal de iniciativa privada, cabem a transação penal e a suspensão condicional do processo."

Também entende ser cabível a suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal privada Antonio Scarance Fernandes:

[...] Mas se o querelante pode perdoar, que é o mais, também pode postular a suspensão, que é o menos. Não haverá perdão, mas a preferência por solução alternativa, da qual poderá ser o ofendido beneficiado porque uma das condições para a extinção da punibilidade, após o período probatório, é justamente a reparação do dano. Além do mais, o fato de o artigo 89 mencionar exclusivamente "Ministério Público", "denúncia", não é obstáculo para a incidência da suspensão na ação penal privada, por causa da analogia (no caso, in bonam partem), que vem sendo reconhecida amplamente na hipótese do artigo 76. A introdução no nosso ordenamento jurídico de uma forma alternativa de solução do conflito obriga-nos a questionar a bipolaridade tradicional. Entre as duas alternativas clássicas na ação penal privada (punição total ou renúncia total) surge agora a possibilidade de algo intermediário (cumprimento de algumas condições, dentre elas a reparação dos danos, durante certo período de prova, com a eficácia extintiva da punibilidade).³¹

³¹ FERNANDES, Antonio Scarance; **Processo Penal Constitucional**. Revista dos Tribunais, 2ª Ed. P. 214. 2000.

Como não foi definido a quem caberia o oferecimento do *sursis* processual na ação penal privada, tem-se admitido que a titularidade seria do querelante, visto que não poderia o Ministério Público, já que não disposto em lei e já que seria um direito subjetivo do querelado. Ao magistrado também não caberia tal iniciativa da mesma forma que lhe é vedado para as ações penais públicas (súmula 696, STF) devido ao princípio da inércia.

4.3. Colaboração premiada:

Conforme HC 174.286-DF, no Informativo do STJ 495, a colaboração premiada³² é instrumento de investigação criminal que consiste, grosso modo, na possibilidade de se atribuir recompensa legal ao autor ou partícipe de infração penal que opte por ajudar os atores da persecução penal, contribuindo efetivamente para a identificação dos demais coautores ou partícipes, recuperação total ou parcial do produto do delito e/ou localização da vítima com a sua integridade física preservada. Em outras palavras, o instituto da delação premiada consiste em um benefício concedido ao acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime.

Segundo Renato Brasileiro, a colaboração premiada é caracterizada como:

Técnica especial de investigação por meio da qual o coautor ou partícipe da infração penal, além de além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.³³

No entendimento de Pedro de Oliveira Magalhães, colaboração premiada pode ser definida:

“Negócio jurídico personalíssimo e complexo, de natureza processual e penal, formalizado entre o Estado e o suposto autor de um ato delituoso que tem por premissa a assunção de participação delituosa (culpa com relação ao fato) e por objeto a cooperação na persecução criminal com vistas à

³² A doutrina qualifica esse instituto como ponte de diamante ou ponte de prata qualificada

³³ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 520.

obtenção de meios de prova pelo órgão de persecução criminal e benefícios (prêmios) pelo agente colaborador”.³⁴

Para Flávio da Silva Andrade a colaboração premiada, embora pertencente ao Direito Premial (consistente em prêmio ou incentivo dado ao agente colaborador após a conduta delituosa), constitui um tipo de acordo que deve ser celebrado entre o *Parquet* e o acusado, sendo uma vertente da Justiça Penal Consensual. Nesse sentido, Marcos Paulo Dutra Santos menciona:

A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na justiça penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são negócios jurídicos processuais despenalizadores, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a colaboração do maior número de agentes, inclusive do colaborador. Excepcionalmente, agracia-lhe com o perdão judicial, ou, até, ministerial – parágrafo 4º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013.³⁵

O instituto da colaboração premiada está positivado em várias leis no direito brasileiro. A título de exemplo temos o arrependimento posterior, disposto no artigo 16 do Código Penal. Também a Lei de crime hediondos nº 8.072/1990 que em seu artigo 8º, parágrafo único inovou ao criar a figura da delação premiada. O Estatuto Penal Repressivo também dispõe sobre o instituto ao narrar em seu artigo 159, parágrafo 4º que, em crime de sequestro se “é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Redação muito similar encontra-se na Lei nº 7.492/1986 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) em seu artigo 25, parágrafo 2º ao dispor: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa, terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

³⁴ MAGALHÃES – Pedro de Oliveira – **Colaboração Premiada: natureza jurídica e conceito** – 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/03/colaboracao-premiada-natureza-juridica-e-conceito/>. Acesso em 23 de Agosto de 2019.

³⁵ SANTOS; Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. Ed Juspodivm, P. 29. 2016.

Por sua vez, a Lei nº 9.807/1999 de Proteção de Testemunhas autoriza a concessão de perdão judicial ao réu que colaborar, bem como a possibilidade de redução de pena como recompensa para a colaboração eficaz. Foi através dessa lei que estabeleceu-se a possibilidade de celebração do acordo de colaboração ao autor de qualquer crime, sendo aplicado da de forma genérica. Idêntica regra encontra-se na Lei de Drogas nº 11.343/2006 no artigo 42. Ainda nesse sentido a Lei nº 9.613/1998, em seu artigo 1º, parágrafo 5º versa sobre a colaboração premiada como meio de combate ao delito de lavagem de capitais.

Por fim, o instituto da colaboração premiada foi positivado também na Lei nº 10.149/2000, via Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, através do acordo de leniência, espécie de delação premiada que, por sua vez, é espécie do gênero colaboração premiada, como se verá de forma mais específica adiante. O acordo de leniência permite que o delator negocie diminuição de pena ou imunidade administrativa e penal com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mediante efetiva colaboração para apuração dos fatos que pode se dar mediante a identificação dos demais envolvidos e fornecimento de provas.

Como citado no parágrafo anterior, há diferença entre colaboração premiada, delação premiada, colaboração processual, colaboração eficaz etc. Segundo a maioria da doutrina a primeira é gênero da qual dela são espécies as demais. Compartilhando esse entendimento, Flávio da Silva Andrade menciona:

Não há uniformidade quanto à nomenclatura mais apropriada para o instituto em foco, já que ele apresenta modalidades e facetas que acarretam o surgimento de diferentes designações: colaboração premiada, delação premiada (ou chamamento de corrêu), colaboração processual, colaboração eficaz, entre outras. Acredita-se, porém, que a nomenclatura *colaboração premiada*, adotada pela nova Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013), mostra-se mais adequada e ampla, devendo ser considerada como gênero, constituindo espécie as demais modalidades desse instituto [...].³⁶

Urge consignar que, nos demais institutos da justiça penal consensual mister se faz que sejam cumpridos certos requisitos. No caso da colaboração, necessário é

³⁶ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 175, 2019.

que se consiga um ou mais resultados mediante a colaboração, para, aí sim, aplicar-se o benefício. Esses resultados estão corporificados no artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, sendo eles:

“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.”

A partir desses resultados, a doutrina entende haver 4 (quatro) espécies de colaboração premiada; nos incisos I e II a delação premiada; no inciso III a colaboração preventiva; no inciso IV a colaboração para localização e recuperação de ativos; e no inciso V a colaboração para libertação.

A Lei nº 12.850/2013 permite que o acordo de colaboração premiada seja firmado na fase investigatória, fase de conhecimento do processo criminal ou na fase de execução penal; portanto, os prêmios são diversos de acordo com o tempo em que é feita a colaboração. Os prêmios podem ser divididos em especiais e gerais. Os últimos são os que podem ser aplicados a qualquer colaborador e os especiais apenas a certos colaboradores. Assim, se se colabora antes da sentença poderão incidir os prêmios do art. 4º, caput, da Lei nº 12850; se a colaboração se dá depois da sentença, os prêmios serão “menores” e estão dispostos no artigo 4º, parágrafo 5º, da aludida lei, seguindo-se a ideia de que quanto mais tardar em colaborar, menor será o benefício concedido.

Anteriormente à sentença, existem três modalidades de prêmios: a) o perdão judicial que é um prêmio geral capaz de gerar a extinção da punibilidade pelo artigo 107, inciso IX, do Código Penal. Nessa hipótese o Juiz não aplica pena e trata-se de sentença declaratória. Segundo a súmula 18 do STJ, a sentença concessiva do

perdão judicial é meramente declaratória de extinção da punibilidade, não tendo efeitos condenatórios. É como se o acusado ficasse imaculado, visto que não recebe condenação, continuando primário e possuidor de bons antecedentes; b) a redução de pena pode reduzir a reprimenda até 2/3; c) a substituição da pena privativa por restritiva de direito. Pode aplicar independentemente das condições do artigo 44 do Código Penal que. Trata-se sim de uma exceção aos requisitos do artigo 44 do Código Penal, pois aqui pode-se aplicar a pena restritiva ainda que esta seja maior que 4 (quatro) anos e o crime seja com violência ou grave ameaça a pessoa.

Após a sentença, os prêmios que o réu pode alcançar se restringem a dois: a) redução de pena até a metade e não até 2/3, como ocorre quando se colabora antes da sentença; b) na execução penal, o juiz pode conceder progressão de regime com a dispensa dos requisitos objetivos que a lei impõe. Seria o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior (art. 112, LEP). Se fosse hediondo ou equiparado seriam 2/5 para primário, ou 3/5 se reincidente da pena. Art. 2º da lei dos crimes hediondos. O prêmio é dar o que não caberia.

Visto os prêmios gerais, passa-se agora à análise dos prêmios especiais. O prêmio especial ou específico é para, como o próprio nome diz, um específico colaborador com previsão no artigo 4º, parágrafo 4º, consistindo na possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia em face do colaborador. Na prática equivale a requerer arquivamento do inquérito quanto ao colaborador. E, como consequência direta, o acusado não chegará a ser réu.

Os prêmios especiais, para que oferecidos, devem ter satisfeitos dois requisitos: I – o colaborador que não pode ser líder da organização; II - tem que ser o primeiro a prestar efetiva colaboração. Se for uma colaboração pequena, posso oferecer um dos prêmios gerais. Com isso criou-se uma exceção aos princípios da ação penal da obrigatoriedade da propositura da ação penal pública.

Quanto à legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada, tem-se que, conforme a lei, pode ser firmado tanto pelo Delegado de Polícia quanto pelo representante do Ministério Público. Nesse sentido, artigo 4º, parágrafos 2º e 6º das Lei nº 12.850/2013:

“§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal); § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

Ocorre que no que diz respeito à legitimidade do Delegado de Polícia, grande parte da doutrina apadrinha a tese de que a lei é inconstitucional, tendo-se em vista o artigo 129, inciso I, da Magna Carta, alegando que essa atividade é inerente ao membro do Ministério Público, isto é, titular da ação penal, sendo prerrogativa exclusiva do *parquet*. Tratando dessa questão, Vinícius Gomes de Vasconcelos dispõe que, em verdade, o texto da lei foi incontestável ao condicionar a atuação policial a um momento posterior à manifestação do Ministério Público, de modo que o Delegado somente fará negociações preliminares.

Cabe pontuar que essa questão foi discutida pelos ministros do Pretório Excelso na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508-DF, movida pela Procuradoria-Geral da República, prevalecendo a inteligência de que os aludidos dispositivos legais não padecem de inconstitucionalidade, haja vista que tal instituto é usado como meio de obtenção de prova, não havendo coerência afastar tal legitimidade do Delegado de Polícia, sendo que foi intenção do legislador municiar a autoridade policial com tal ferramenta. Ainda, os membros do STF pronunciaram-se no sentido de que não deve haver o monopólio do *parquet* para decidir quando é ou não cabível a aplicação de tal instituto.

O ministro relator da referida decisão, Marco Aurélio, pontuou que as competências estabelecidas na Magna Carta visam assegurar um equilíbrio entre os

órgãos públicos, sendo que a concentração de poder prejudica o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

No que diz respeito aos requisitos de validade do acordo de colaboração premiada, segundo Flávio da Silva Andrade, são os seguintes:

a) a confissão e a colaboração voluntária do agente; b) a eficácia da colaboração, que deverá propiciar um ou mais dos resultados enumerados no artigo 4º da lei; c) a não ocorrência de retratação do réu colaborador beneficiado com o acordo (art 4º, parágrafo 10) e; d) a existência de elementos de confirmação, consubstanciados em outras provas amealhadas a partir da colaboração do agente (art 4º, parágrafo 16).³⁷

Há de se pontuar que a confissão do agente não está prevista na lei nº 12.850/2013, porém, é inegável que tal elemento se mostra intrínseco ao instituto da colaboração premiada. Em concordância a isso, a lei nº 7.492/1986, no artigo 25, parágrafo 2º e lei nº 8.137/1990 preveem expressamente o referido requisito. Alguns doutrinadores como Dutra Santos, seguindo essa linha de raciocínio, consideram a confissão da colaboração premiada como uma confissão complexa, já que, além do acusado admitir sua responsabilidade penal, fornece outras informações a fim de colaborar com as autoridades.

Por fim, importante mencionar que os direitos do colaborador estão elencados no artigo 5º da Lei nº 12.850/2013, dispondo:

Art. 5º São direitos do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

³⁷ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 197, 2019.

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

4.4. Acordo de não persecução penal:

No Brasil já é realidade a Justiça Penal Consensual. A transação penal, servindo para delitos de pequeno potencial ofensivo e a colaboração premiada, para crimes graves que podem envolver organizações criminosas. Entretanto, havia uma lacuna quando se tratava de crimes de médio potencial ofensivo. Com a criação no instituto do acordo de não persecução penal, esse vácuo foi suprido. Só que, diferentemente dos outros institutos, este vem fundamentado em ato normativo infralegal, o que gera inúmeras críticas, como se verá adiante.

Partindo-se para o conceito, tem-se que o instituto é uma modalidade de acordo feito como alternativa à propositura da ação penal, que após o cumprimento de condições firmadas pelo membro do Ministério Público, aplicar-se-á, de forma consensual, a pena privativa de direitos, sendo mais um exemplo da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Nesse sentido, Flávio da Silva Andrade dispõe:

Por meio da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, editada para disciplinar a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do *Parquet*, o Conselho Nacional do Ministério Público instituiu o denominado acordo de não persecução penal, a ser celebrado com o investigado a fim de que, mediante o cumprimento de condições, haja a resolução antecipada do caso, resultando no arquivamento da investigação.³⁸

Esse mecanismo foi introduzido no ordenamento brasileiro por duas razões: 1) o excesso de processos aglomerando nas varas criminais dando origem ao desperdício de recursos e um atraso no oferecimento da justiça às pessoas e; 2) a necessidade de soluções alternativas ao processo penal que proporcionem mais celeridade para os casos menos graves, priorização de recursos financeiros, do Ministério Público e do Poder Judiciário para que processem apenas os casos mais

³⁸ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 57, 2019.

graves. O objetivo, em síntese, é simplificar e acelerar a resolução dos casos em que o acusado confessa.

Após alterações sofridas pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, do CNPM, haja vista ser brutalmente criticado, o instituto do acordo de não persecução penal, em especial no artigo 18, passou a dispor o seguinte:

“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 circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

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; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

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; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).”

A confissão é um dos requisitos para aplicação do benefício, sendo assim, o acordo de não persecução penal, nada mais é do que uma ampliação da transação

penal. Assim, com a confissão do investigado e sua disposição, mediante assistência técnica do defensor, para o cumprimento de medidas alternativas à prisão, é possível que se resolva de forma antecipada os casos que envolvam delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos de prisão.

Diferentemente da transação penal, no acordo de não persecução penal é possível que se aplique o cumprimento de prestação de serviços pelo mesmo tempo da pena em abstrato para o crime, podendo ser diminuída de um a dois terços.

Além disso, para Américo Bedê Júnior, “a cláusula genérica de outras condições a serem exigidas pelo MP é problemática, na medida em que abre uma janela para arbítrios”³⁹ permitindo que a lei seja aplicada de diversas maneiras, não havendo assim uniformidade. Olhando de outra forma, porém, através dessa cláusula é possível que haja uma verdadeira individualização do acordo, que por óbvio, sempre haverá de passar por controle judicial.

A proposta de não persecução penal, nos termos do parágrafo 1º do artigo 18, não serão admitidas quando:

“I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

³⁹ BEDÊ JÚNIOR, Américo; **O Acordo de Não Persecução Penal: permissões e vedações**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu JusPODIVM, 1ª Ed. P 301-312, 2017.

Da leitura do dispositivo acima, nota-se que o CNMP agiu tentando não confundir com a transação penal, haja vista que o acordo não tem base legislativa e não pode agir de forma que substituísse a transação que, por sua vez, está disposta em lei. Vale dizer que a alegada violação da competência legislativa gerou o ajuizamento de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade.

O parágrafo terceiro dispõe, em síntese, que o acordo deve ser feito por escrito e que as cláusulas que estipulam as condições a serem cumpridas devem ser claras, sendo o acordo firmado entre membro do Ministério Público, defensor e acusado. Nesse sentido: “§ 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”.

Devido às muitas críticas que a redação original recebeu, até por conta da forma como foi concebido, a Resolução nº 183/2018 previu a necessidade de o acordo ser submetido ao controle judicial. Porém, não trouxe detalhamentos de como deve ser feito esse controle, até para que não exorbite à função de uma lei propriamente dita.

No que diz respeito ao parágrafo 5º do artigo 18 da Resolução, em sua elaboração houve cautela para que não se estabelecesse comandos ao Poder Judiciário. Com isso, o aludido parágrafo não menciona que o acordo deve ser homologado pelo magistrado, mas sim que, se aquele achar necessário, pode devolver os autos ao Ministério Público. Ao mesmo passo em que dispõe em seu parágrafo 6º que, se o magistrado entender que o acordo é incabível, deve remeter os autos ao Procurador-Geral para apreciação.

Assim dispõe os §§ 5º e 6º: “§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. § 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 superior interno responsável por sua apreciação [...]”.

Apesar de os autos serem submetidos à apreciação judicial, é o Ministério Público que fica responsável por averiguar o cumprimento ou não do acordo estabelecido. Se restar evidente que o acordo foi cumprido na íntegra, o *parquet* deve requerer o arquivamento dos autos. Isso é o que se extrai dos parágrafos 9º e 11:

§ 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 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

O parágrafo 7º explana que o acordo de não persecução penal poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. Muitos criticam tal medida aduzindo não ser esse o intuito dessa audiência, haja vista que o objetivo não é abrigar soluções simplificadas e céleres na esfera penal. Nesse sentido, Nestor Távora:

A reação é impulsiva, muitas vezes desmedida, desproporcional, típica de quem atua sem refletir mais pausadamente no que fazer, de modo que as soluções precoces assim aumentam significativamente os riscos de injustiça. O fato de o acusado estar preso ou ter acabado de ali obter a ordem de soltura dificulta a percepção do *status* de inocência, sendo que a proposta de resolução antecipada, já na audiência de custódia, consolida uma aparente certeza de culpabilidade, retirando a chance de esboçar defesa.⁴⁰

Em contrapartida, Vladimir Aras defende a manutenção da proposta de acordo no momento da audiência de custódia aduzindo:

Não há incompatibilidade do acordo de não persecução penal com o propósito de audiência de custódia e o aproveitamento dessa audiência contribui para a razoável duração do processo, sendo uma solução alternativa de processo penal muito benéfica ao suspeito preso em flagrante.⁴¹

⁴⁰ TÁVARA, Nestor; Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal. Ed. Juspodvim. P190 e 198. 2009

⁴¹ ARAS, Vladimir; **Acordos Penais no Brasil**: uma análise à luz do direito comparado. Ed. JusPODIVM. P. 280. 2017

Apesar dos claros benefícios que o aludido acordo traz para a sociedade de modo geral, haja vista que concede justiça mais rápida às pessoas e, conseqüentemente, torna o sistema menos custoso aos cofres públicos, em muito se critica o acordo de não persecução penal no que tange à sua constitucionalidade. Para uns é inconstitucional pois, não caberia ao CNMP, via resolução, instituir um novo método de resolução antecipada ou mais abreviada de casos penais. A morosidade excessiva não é bem-vinda, porém, a velocidade excessiva do mecanismo também pode levar a uma injustiça. Sobre o tema Flávio da Silva Andrade aborda:

Neste contexto era de se esperar que a Resolução em foco tivesse sua constitucionalidade questionada, pela via direta, perante o Supremo Tribunal Federal. Sob a alegação de ter sido introduzido à margem da lei e com equívocos de normatização, o acordo de não persecução penal está sendo impugnado na ADI nº 5790, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e na ADI nº 5793 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Nestas duas ações, argumenta-se que o CNMP exorbitou de seu poder regulamentar (art. 130-A, § 2º, I, da CF/88) e usurpou competência privativa da União, prevista no art. 22, I, da CF/88 (compete privativamente à União legislar sobre direito processual). Também se sustenta que houve violação ao princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal pública, uma vez que é função do Ministério Público promover, privativamente, referida ação, na forma da lei, conforme expressamente previsto no art. 129, I, da Carta da República.⁴²

Por sua vez, Renato Brasileiro de Lima defende a constitucionalidade do acordo de não persecução penal. Para tanto, refere-se às Regras de Tóquio, também chamadas de Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, aprovadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990, via Resolução nº 45/110, como base para a adoção da ferramenta em estudo. O item 5.1 da Resolução aduz:

“5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um

⁴² ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 274, 2019.

conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.”

Perante todo o exposto, nota-se a necessidade de mais discussões a despeito do tema e de que as ADIs propostas sejam brevemente analisadas, visto que, eventual demora em sua apreciação, pode vir a gerar prejuízos e restrições a direitos individuais, pois, no caso de eventual decisão no sentido da inconstitucionalidade do instituto, dificultar-se-á a modulação dos efeitos para os acordos já celebrados.

4.5. O modelo Americano: *Plea Bargain*:

O instituto do *Plea Bargain* teve origem em países cujo sistema é a *common law* sendo, em síntese, um acordo feito entre acusação e acusado em que aquele se declara culpado de todas ou de algumas acusações para ter em troca a atenuação de sua pena ou diminuição no número de acusações. Limita-se, em verdade, num acordo realizado entre acusação e acusado. Se o indiciado não cumprir com parcela do acordo, a acusação não precisará manter o que foi estabelecido entre eles, da mesma forma que ocorre nos demais institutos já vistos como na transação penal, suspensão condicional do processo, etc. Da mesma forma que, se a acusação não cumprir o estabelecido, o acusado será socorrido pelo magistrado deverá retirar sua confissão, forçando a acusação a cumprir o acordo ou tomando outra providência para que o acordo seja cumprido.

Flávio da Silva Andrade, em seu livro intitulado “Justiça Penal Consensual – controvérsias e desafios”, traz breve resumo da evolução do instituto:

O *plea bargain* ou *plea agreement*, ou ainda, *plea deal*, consiste na negociação da declaração de culpa e surgiu nos Estados Unidos no século XIX, quando começaram a ser celebrados acordos informais entre a acusação e a defesa como forma de se agilizar a resolução dos casos criminais. Foi em meados daquele século, com o exponencial crescimento populacional, a intensa industrialização e o aumento das taxas de criminalidade, que se passou a sentir a “complexificação” do processo penal decorrente da aprovação das emendas constitucionais (IV, V, VI, e VIII), que trouxeram garantias processuais aos acusados. Nessa nova fase, marcada pelas inovações constitucionais e pela profissionalização (*lawyerization*) do processo criminal, mediante a afluência de juristas que assumiram a representação da acusação e da defesa, os julgamentos pelo júri tornaram-

se demasiadamente morosos, elevando-se a pressão processual, tendo as autoridades buscado construir soluções mais rápidas para a resolução dos casos. Por conseguinte, com o passar do tempo, começou a haver um decréscimo do número de casos julgados pelo júri e, de outro lado, um acréscimo significativo no número de casos resolvidos pelo *plea bargain*. Já no início do século XX, segundo Fisher, o novo método tornou-se dominante na resolução dos processos criminais e, nos tempos atuais, com a regulamentação e a afirmação do instituto, ele predomina, de forma avassaladora, na prática forense estatunidense [...] ⁴³

O *plea bargain* está disciplinado na Rule 11 da *Federal Rules of Criminal Procedure*, possuindo traços diferentes de acordo com o estado que o adota. No que tange à negociação para a declaração de culpa, dispõe o seguinte:

(c) Plea Agreement Procedure.

(1) In General. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions. If the defendant pleads guilty or nolo contendere to either a charged offense or a lesser or related offense, the plea agreement may specify that an attorney for the government will:

(A) not bring, or will move to dismiss, other charges;

(B) recommend, or agree not to oppose the defendant's request, that a particular sentence or sentencing range is appropriate or that a particular provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request does not bind the court); or

(C) agree that a specific sentence or sentencing range is the appropriate disposition of the case, or that a particular provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request binds the court once the court accepts the plea agreement).

Cumprir consignar, ainda, que na *conditional plea* (item a (2)) da Rule 11, se a corte e o Ministério Público concordarem, ao acusado pode ser reservado o direito de concorrer da sentença e nesse caso, sua declaração de culpa pode ser retirada:

(2) *Conditional Plea*. With the consent of the court and the government, a defendant may enter a conditional plea of guilty or nolo contendere, reserving in writing the right to have an appellate court review an adverse determination of a specified pretrial motion. A defendant who prevails on appeal may then withdraw the plea.

⁴³ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 271 e 272, 2019.

A *nolo contendere* – declaração de culpa, por sua vez, pode se dar com ou sem a negociação. Ocorre que, por implicar na declaração de culpa do acusado, na maior parte das vezes está ligado a algum tipo de negociação do *plea bargain*. Tem previsão na Rule 11 item a (3): *Nolo Contendere Plea. Before accepting a plea of nolo contendere, the court must consider the parties' views and the public interest in the effective administration of justice,*

Em qualquer desses casos, o acusado está a renunciar os direitos à não autoincriminação, presunção de inocência, direito de contrariar as provas da acusação, direito de produzir provas em seu favor e ao julgamento pelo júri, conforme previsto na Rule 11 (b) (1) (F): *(F) the defendant's waiver of these trial rights if the court accepts a plea of guilty or nolo contendere.*

O instituto do *plea bargain* é gênero do qual são espécies *charge bargaining*, *count bargaining*, *fact bargaining* e *sentence bargaining*. Na primeira ocorre uma negociação entre acusação e acusado, sendo que o órgão acusador pode, em troca de confissão judicial do acusado, propor trocar a acusação mais grave por uma menos grave. Na figura do *count bargaining* o acusador propõe reduzir o número de delitos do acusado, mantendo as demais. Na figura do *fact bargaining* o promotor concorda, em troca de confissão judicial, em omitir ou modificar os fatos, diminuindo, assim, a pena final. A título de exemplo, se o investigado foi preso com 10 kg de cocaína, o promotor pode reduzir para 5 kg, o que traria a diminuição da pena. Por fim, o *sentence bargaining*, assim como o próprio nome diz, há uma negociação da sentença em que a acusação, caso o acusado se declare culpado, recomenda uma sentença menos penosa do que o normal.

No que tange ao papel do juiz no instituto, tem-se que deve ser mais reservada, haja vista que na Rule 11 da *Federal Rules of Criminal Procedure*, alínea a, há proibição de participação do juiz no acordo. Quando a hipótese é de *sentence bargaining* a participação do juiz não é apenas permitida como necessária, pois dependerá de sua anuência a imposição da pena mais branda.

Apesar das características de cada espécie de *plea bargain* é certo que em todas elas o magistrado deve informar o acusado, sob pena de nulidade, sobre a

imputação que lhe é dirigida, bem como, sobre seus direitos constitucionais como, direito de julgamento pelo júri, direito de produzir provas, direito de ser assistido por um advogado, direito de confrontar as testemunhas de acusação e direito contra a autoincriminação forçada, sempre sob juramento. Por fim, deve ser avisado sobre a penalidade de eventuais declarações falsas.

O juiz deve se assegurar de que o acusado tem consciência das imputações, os direitos de que está abrindo mão por optar pela via do acordo, e as consequências penais que podem vir a ocorrer, como limite mínimo e máximos das penas, pena de prisão, multa etc. Por fim, deve ser orientado sobre a possibilidade de ser determinada restituição à vítima.

O magistrado precisa verificar requisitos de voluntariedade e capacidade e avaliar se a declaração de plea of guilty ou a de nolo contendere do acusado foi realizada de forma livre e consciente, isto é, sem coação, ameaças ou promessas ilegais. Essa diretriz tem seu fundamento na regra (b) (2) 287 e no *Standart 14- 1.5 (Determining voluntariness of plea)* da *American Bar Association*:

(2) Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement).

1.5 The court should not accept a plea of guilty or nolo contendere without first determining that the plea is voluntary. By inquiry of the prosecuting attorney, the defendant, and defense counsel, if any, the court should determine whether the tendered plea is the result of prior plea discussions and a plea agreement, and, if it is, what discussions were had and what agreement has been reached

Importante destacar que, antes do juiz aceitar o acordo é necessário que faça análise do caso e veja se realmente há embasamento fático para uma possível condenação. Com essa medida, evita-se a condenação de pessoa inocente. Sendo assim, a confissão não pode ser o único elemento de prova, devendo ser comparada a outras evidências carregadas no procedimento investigativo.

Assim, os requisitos para homologação e validade do acordo são, em síntese:

- a) a declaração de *plea of guilty* ter sido realizada de forma voluntária e sem coação por parte de autoridades; b) ter o acusado consciência das imputações que lhe são feitas bem como suas consequências e; c) existência de base fática para amparar a acusado.

Em relação ao Ministério Público, tem-se que, em nível federal, são escolhidos pelo Presidente da República, cabendo ao Senado ratificar a indicação, enquanto que na esfera estadual são eleitos pelo povo. Os promotores estaduais se empenham muito para conseguir condenações via *plea bargain* para que continuem ascendendo na carreira, isso porque chegam ao topo por eleição.

No entendimento de Flávio da Silva Andrade, o modelo norte-americano permite uma atuação discricionária, quase que ilimitada do membro do Ministério Público:

No modelo estadunidense de justiça negociada, o Ministério Público atua num amparado num poder discricionário extremamente amplo. O promotor é o personagem de maior destaque no processo penal americano. Ele exerce o monopólio sobre a acusação, podendo modifica-la, excluindo ou incluindo imputações; pode ainda arquivar casos (não há acusação compulsória), propor acordos e recomendar penas, como visto nas regras (c)(1)(A)(B)(C) da Rule 11, [...], o que acaba deslocando o eixo decisório do processo para o lado do Ministério Público. Esse largo critério de oportunidade e esse grande espaço de atuação que a lei americana dá ao promotor geram um inegável desequilíbrio de forças e uma acentuada concentração de poderes nas mãos do órgão acusador. Conforme destaca Albergaria, há reclamações de coação ou pressão por parte dos promotores para forçar o réu a admitir a culpa; notícias de “blefes” de acusações ou acusações infladas (prática de *overcharging*); disparidade de penas propostas em situações similares; e alegações de concentração de poder em mãos do Ministério Público.⁴⁴

Ainda sobre a atuação do promotor, no processo de *plea bargain*, por haver grande disposição de suporte probatório, aumentam-se as chances de condenação num julgamento por júri e oferecem-se vantagens menores ao acusado em troca de declaração de culpa num caso de robustez de provas do que no caso de fragilidade em que será mais difícil a condenação. Ou seja, visando manter a boa imagem perante

⁴⁴ ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**, controvérsias e desafios. JusPODIVM, 1ª Ed. P 131, 2019.

o eleitorado, em casos em que a absolvição é mais provável, é oferecido ao acusado mais benefícios objetivando forçar o acordo para obter a condenação.

Vale pontuar, por fim, um pouco sobre o papel do advogado de defesa no instituto do *plea bargain*; cabe ao advogado de defesa, seja ele público ou particular, verificar se a imputação pretendida pela acusação é plausível e se há concretude nas vantagens oferecidas. Além disso, deve, por óbvio, sempre pressionar em busca de propostas melhores para seu cliente.

Ocorre que, em alguns estados norte-americanos, devido a alta demanda de processos, os defensores públicos buscam pela realização do *plea bargain*, sem a busca real do que é mais vantajoso para o acusado. Além disso, é necessária a presença do réu para as tentativas que envolvem a celebração do acordo, mas não é isso o que ocorre na prática; geralmente as tratativas são feitas no escritório do advogado ou no gabinete do promotor sem a presença do acusado. Esse afastamento do réu tolhe sua participação na solução para o caso.

Movidos pelo medo da robustez de provas amealhadas ou pelo arrependimento e vontade de se responsabilizar por seus atos, muitos acusados confessam e optam pelo acordo. Ocorre que, em muitos desses casos, o acusado acaba aceitando a proposta por se sentir pressionado ou coagido, por não desejar a imposição de uma pena mais elevada em caso de julgamento pelo júri. E é nesse ponto que a doutrina do *plea bargain* recebe tantas críticas, haja vista a ausência de genuína voluntariedade nos acordos.

Por fim, cumpre salientar que há a possibilidade de o condenado impugnar o acordo logo após a imposição de pena pelo juiz. A impugnação pode ser feita via habeas corpus ou apelação, devendo estar fundamentada numa possível violação de direitos constitucionais.

CONCLUSÃO

A justiça penal consensual é um novo e definitivo rumo na leitura processualista penal, incrementa-se todos os postulados atuais constitucionais de dignidade da pessoa humana, celeridade, eficiência, devido processo legal promovendo a adequação da relação triangular processual a seus mandamentos.

Promotor, juiz e réu não são vistos de forma estanque como eixos distantes de atribuição, mas como condutores da busca pela justiça numa relação dinâmica, célere e vista numa totalidade.

Nesta senda, incrementou-se devidamente os poderes do representante do Ministério Público, não se trata apenas de um acusador erigido por concurso público e representante da face persecutória do Estado, e sim da plena realização do artigo 127 da Constituição erigido como fiel defensor da ordem jurídica, regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Indo além, o Ministério Público incrementou seu poder de dispor da ação penal pública; assevera-se que não se trata de postular a morte da obrigatoriedade na ação penal, porém uma mitigação e readequação aos imperativos de justiça e na facilitação do cumprimento mais rápido da pena. Nesse sentido o direito processual volta a sair de um abstrativismo exagerado para a plena consecução de realidades, na trilha de um Estado falido, de um poder judiciário aterrado de processos e de um sentimento de injustiça no vulgo não cabia outra alternativa, senão a de importar e adequar certos institutos de justiça penal consensual à nossa realidade.

Essa importação não veio como mera cópia e cola do direito estrangeiro. Ressalta-se o trabalho da doutrina nacional para evitar essa nódoa que quase sempre atinge o direito brasileiro: a importação de conceitos sem as mesmas realidades técnicas.

Na análise do poder judiciário, fincou-se no poder fiscalizatório e homologatório do juiz, sendo importante elemento de freio e contrapeso no poder do promotor público

e do réu, consubstanciando na conhecida imagem de balança da justiça, a qual deve se inclinar ao centro no sentido inaugural do vocábulo direito.

No tocante ao réu, incrementou-se seu poder de decisão, de uma possível apatia processual ou mero defensor de acusações, pode ver ressaltado seu papel colaborativo e de aceitação de certas circunstâncias, sem olvidar da sempre lembrada verdade real.

Desse modo, pode-se ressaltar com muita felicidade o pentágono da transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada, acordo de não persecução penal, *plea bargain* que existentes no ordenamento jurídico e analisados nesse trabalho, com exceção de alguns desses institutos, ainda são realidades e tecnicidades em construção pela doutrina e jurisprudência, que definitivamente não alcançaram a maturidade que a casuística traz para o direito, como sabiamente experimentavam os romanos.

Em suma, o direito processual penal evoluiu e ainda continua a evoluir para essa nova fase, são definitivamente mudanças que vieram para retornar o direito penal ao bom e justo e tornar a relação processual penal num elemento triangular de cooperação na busca pela justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva; **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPODIVM, 2019.

ARAS, Vladimir; **Acordos Penais no Brasil**: uma análise à luz do direito comparado. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BATISTA – Danilo - *O Devido Processo Legal: Histórico, aplicações contemporâneas e o "substantive due process"* – 2015. Disponível em: <https://daniломocota.jusbrasil.com.br/artigos/254209610/o-devido-processo-legal-historico-aplicacoes-contemporaneas-e-o-substantive-due-process> - acesso em: 14 julho de 2019.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; **O Acordo de Não Persecução Penal**: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo de Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; **Tratado de direito penal**: Parte Geral. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014

CAPEZ, Fernando; **Curso de Processo Penal**; São Paulo: Saraiva, 21ª Ed. 2014.

DA PONTE, Antonio Carlos sob coordenação de COSTA e SILVA; José de Faria e Marcos Antonio Marques; **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Quartier Latin, 1ª Ed. 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance; **Processo Penal Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES e MOLINA, Luiz Flávio e Antônio Garcia-Pablos; **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; **A Conciliação e Juizado de Pequenas causas**: novas tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

KARAM, Maria Lúcia; **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do direito de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAGALHÃES – Pedro de Oliveira – **Colaboração Premiada: natureza jurídica e conceito** – 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/03/colaboracao-premiada-natureza-juridica-e-conceito/>. Acesso em 23 de Agosto de 2019.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2016.

MENDONÇA, Stepham Gomes; **Lei dos Juizados Especiais: 20 anos de vigência e reflexos no processo penal**. Revista jurídica Consulex, v XIX, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza; **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**; volume 2. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

TÁVORA, Nestor; **Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO; Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 34ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.