

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL: ANÁLISE SOB UMA PERSPECTIVA
CRÍTICA E A SUA EXPANSÃO PELO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Luís Henrique dos Santos Silva

Presidente Prudente/SP
2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL: ANÁLISE SOB UMA PERSPECTIVA
CRÍTICA E A SUA EXPANSÃO PELO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Luís Henrique dos Santos Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Ms.
Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2021

**A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL: ANÁLISE SOB UMA PERSPECTIVA
CRÍTICA E A SUA EXPANSÃO PELO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI
Orientador

GLAUCO ROBERTO MARQUES MOREIRA
Examinador

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS
Examinador

Presidente Prudente, 22 de Novembro de 2021

“o advogado é indispensável á administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Artigo 133, Constituição Federal.

Dedico este trabalho a toda minha família, elementos essenciais para a minha formação acadêmica e de pessoa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Ms. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti pelo apoio e atenção direcionadas ao auxílio na elaboração do presente trabalho, como também a meus pais, Ana Lúcia e Edivá, meu irmão, Leonardo e minha namorada, Luana, por todo amparo e compreensão prestados a mim durante toda a graduação e elaboração do presente escrito.

RESUMO

O presente trabalho prestou-se a abordar e expor um estudo sobre o tema da justiça penal negocial no ordenamento jurídico brasileiro com o condão de, inicialmente, promover à aquele que nunca tenha se deparado com o respectivo assunto, pontos básicos para se ter uma concepção em caráter geral sobre o significado que a justiça pactuada representa na solução e intermédio da lide penal, preceituado principalmente pela inserção da Lei 9.099/95 que inaugurou os primeiros institutos frutos da justiça consensual no país. Feita essas considerações introdutórias, passou-se a analisar de forma crítica e mais aprofundada a aplicação dos institutos que compõem esse mecanismo de justiça, analisando o seu expansionismo no cenário brasileiro, impulsionado pela vinda do Pacote Anticrime, como também se utilizando inclusive de uma metodologia estatística para averiguar os seus reflexos em termos numéricos. Por fim, buscou-se dirimir sobre o famigerado Acordo de Não Persecução Penal, o mais recente instituto da justiça consensual previsto no art. 28-A do código de Processo Penal, por meio de uma explanação detalhada de suas principais características e de seu procedimento, tratando também da problemática atinente a confissão, além de realizar um paralelo do instituto frente ao *Plea Bargaining* norte-americano. Para tanto, tendo em vista a relevância e complexidade do tema escolhido e abordado pelo graduando, para fins de melhor desenvolvimento do assunto, partir-se-á de uma metodologia indutiva em um procedimento a fim de, a partir de uma análise de pontos específicos do assunto abordado, alcançar conclusões amplas acerca do tema.

Palavras-chave: Justiça Penal Negocial. Acordo. Processo Penal. Juizados Especiais. Pacote Anticrime.

ABSTRACT

This paper aims to approach and expose a study on the theme of criminal justice negotiated in the Brazilian legal system with the purpose of, initially, promote to those who have never faced the subject, basic points to have a conception in general character about the meaning that justice negotiated represents in the solution and intermediation of the criminal dispute, provided mainly by the insertion of Law 9.099/95 that inaugurated the first institutes of consensual justice in the country. Once these introductory considerations were made, a critical and deeper analysis of the application of the institutes that make up this justice mechanism was performed, analyzing its expansion in the Brazilian scenario, driven by the coming of the Anti-Crime Package, as well as using a statistical methodology to ascertain its reflexes in numerical terms. Finally, we sought to clarify the notorious Non-Persecution Agreement, the most recent institution of consensual justice provided for in art. 28-A of the Code of Criminal Procedure, by means of a detailed explanation of its main characteristics and its procedure, also dealing with the problematic regarding the confession, besides drawing a parallel to the Plea Bargaining in the United States. Therefore, in view of the relevance and complexity of the topic chosen and approached by the graduate, in order to better develop the subject, an inductive methodology will be used as a procedure to reach broad conclusions about the topic, based on an analysis of specific points of the subject addressed.

Keywords: Negotiated Criminal Justice. Settlement. Criminal Procedure. Special Courts. Law 9.099/95. Anticrime Package.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O INSTITUTO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL: DEFINIÇÃO E ANÁLISE PELA LEI Nº 9.099/95	09
2.1 Aspectos Terminológicos.....	09
2.2 O Microsistema Dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.009/95).....	12
2.2.1 Contexto.....	12
2.2.2 Composição civil.....	15
2.2.3 Transação penal.....	16
2.2.4 Suspensão condicional do processo.....	20
3 ANÁLISE CRÍTICA AO EXPANSIONISMO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NA JURISDIÇÃO PENAL	23
3.1. Os Impactos do Pacote Anticrime no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	23
3.2. Realidade da Justiça Criminal Brasileira Sob Um Prisma Estatístico.....	27
3.3. O Afronte aos Princípios Basilares do Processo Penal Brasileiro.....	29
4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	37
4.1 Definição.....	37
4.2 Antecedentes.....	38
4.3 Características e Procedimento.....	39
4.4 Acordo de Não Persecução x <i>Plea Bargaining</i> Americano.....	44
4.5 A Confissão Como Requisito Essencial.....	48
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A Introdução do pacote anticrime no ordenamento penal brasileiro por meio da Lei 13.964/2019 no dia 24 de dezembro de 2019, provocou uma verdadeira mudança de paradigma sobre vários conceitos e interpretações sobre toda a legislação penal, tanto do ponto de vista material (no que diz respeito ao Código Penal e Legislação Penal Extravagante), mas principalmente no ponto de vista processual, tendo em vista inúmeras inovações postas ao Código de Processo Penal, reasentada principalmente pela implantação de um sistema acusatório em detrimento de um ultrapassado sistema inquisitorial.

No entanto, não somente a isso, o Pacote Anticrime trouxe em seu bojo a positivação expressa do Acordo de Não Persecução Penal no novo artigo 28-A do Código de Processo Penal que, de forma simples, consiste em um acordo pré-processual penal onde se confere a possibilidade ao Ministério Público propor o acordo com o investigado desde que presentes os requisitos necessários, de modo a submetê-lo a certas condições que substituem uma eventual condenação. Com a introdução do referido instituto, se traz a tona novamente o debate e a análise sobre os mecanismos de consenso dentro da relação jurídica penal, instigando indagações sobre quais motivos levaram o legislador a trazer para dentro da legislação processual mais um mecanismo consensual entre acusação e defesa, e se a realidade prática da persecução penal brasileira demonstra de fato a necessidade e efetividades dessas alternativas penais que já são uma realidade dentro do ordenamento penal brasileiro, especificamente pela Lei 9.099/95 que traz em seu bojo institutos dessa natureza.

Assim, antes de adentrar um estudo técnico e detalhado sobre esses pontos, noções básicas devem ser estabelecidas para que assim se possa partir para uma visão mais abrangente sobre o tema, e é com base nessas premissas, que se inaugura o presente escrito que se desenvolverá adiante.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O INSTITUTO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL: DEFINIÇÃO E ANÁLISE PELA LEI Nº 9.099/95

Quando se trata do ilícito, da conduta delituosa, do crime e do criminoso a primeira ideia que se atribui e se associa a essas expressões como juízo de reprovação moral automático é a prisão, o encarceramento, a privação de liberdade do indivíduo autor de uma infração penal. Entretanto, embora essa associação lógica não esteja equivocada, uma vez que nosso sistema criminal é caracterizado pena privativa de liberdade como sanção penal principal, existe uma “realidade punitiva alternativa” que foge da realidade sensível e se desenvolve de forma silenciosa no cotidiano criminal: trata-se da justiça criminal negocial.

2.1. Aspectos Terminológicos

Para que se possa debruçar um estudo minimamente aprofundado sobre qualquer tema ou assunto, é de praxe e primordial estabelecer balizas conceituais sobre o conteúdo abordado.

Preliminarmente, é relevante ressaltar que a expressão “Justiça Penal Negocial” não é única e nem unânime na doutrina e jurisprudência para se referendar ao movimento a ser delineado pelo presente trabalho. Expressões como “justiça penal consensual”, “justiça transacionada”, “de consenso” ou ainda a utilização dos termos “barganha” e até mesmo “*Plea bargaining*” (que na verdade trata-se de um solução de justiça criminal negociada utilizada pelo sistema norte-americano e que será tratada posteriormente) e “acordos penais” também se fazem presentes.

Em um primeiro momento, é nítido que independente da terminologia adotada, a presença dos vocábulo consenso, acordo e negócio conceitualmente apresentam definições sutilmente distintas. Por “consenso”, se entende como uma união de ideias, opiniões ou pensamentos entre duas ou mais pessoas, ou ainda, algo que é comum entre várias. Já a palavra “acordo”, inicialmente nos traduz um caráter mais formal por assim dizer, um ato de entendimento, o resultado de uma conciliação ou alcance de um denominador comum. Por fim, “negócio”, exprime a ideia de transação onde há o alcance de um benefício ou certo proveito.

Contudo, em uma segunda análise sob esses termos, é possível vislumbrar um ponto em comum entre todas: em uma interpretação profundamente teleológica, verifica-se que ambas orientam a existência de dois polos, duas partes que se encontram em posição de contrariedade e se relacionam entre si de modo a encontrarem um denominador comum para alcançar uma respectiva solução.

Ocorre que quando levamos esse raciocínio para dentro da esfera do processo penal, é possível perceber a existência certo conflito ou até mesmo uma incompatibilidade imediata e instantânea com a própria natureza e finalidade da persecução penal, qual seja esta, pautada na busca da imposição do direito de punir (*ius puniendi*) do Estado frente ao possível infrator á quem se atribui a realização de uma conduta caracterizada como um fato típico, ilícito e culpável, sendo esta limitada e substanciada pela aplicação do contraditório e da ampla defesa, de modo a permitir que o indivíduo opunha resistência justa a tal imposição por meio dos respectivos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que o assim garantem, sendo está a própria essência do processo penal, como dito pelas palavras do ilustre professor Norberto Avena:

[...] se uma pessoa realizar determinada conduta descrita em um tipo penal incriminador, a consequência desta prática será o surgimento para o Estado do poder-dever de aplicar-lhe a sanção correspondente. Essa aplicação não poderá ocorrer à revelia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sendo necessária a existência de um instrumento que, voltado à busca da verdade real, possibilite ao imputado contrapor-se à pretensão estatal. Aqui surge, então, o processo penal, como instrumento destinado à realização do *jus puniendi* do Estado e cujo desenvolvimento será regido por um conjunto de normas, preceitos e princípios que compõem o direito processual. (AVENA 2020, p.74)

Diante desse fato é possível extrair que, verdade ou não, é visível uma ideia inicial de conflito substanciada dentro do processo penal entre o Estado e o autor do delito, uma vez que, enquanto um busca categoricamente atestar a culpa do autor frente ao delito e assim legitimar a imposição de uma pena, o outro busca por todos os meios demonstrar que á ele não pode ser imposta tal responsabilidade. É a partir desta constatação que se encontra a essência da dicotomia entre os ideais de consenso e a própria natureza conflitiva do processo penal, dicotomia essa que se faz importante ser ressaltada para se poder ter preliminarmente a noção de que os ideais de consenso presentes na justiça penal negocial são, querendo ou não,

institutos que de certa forma ampliam a própria natureza existencial do processo penal, o que não significa dizer que tais institutos sejam ilegais ou em dissonância com o ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário, são mecanismos dotados de previsão legal e que cada vez mais se disseminam e são aplicados na esfera criminal.

Superado esse ponto e partindo para uma análise conceitual propriamente dita, ao tratar da Justiça Penal Negociada, na verdade, se faz menção a um movimento/mecanismo/tendência instituída no campo processual penal, em raciocínio semelhante ao que traz Daniel Feitosa de Menezes:

Mecanismos que preveem espaços para a discussão e estabelecimento consensual/negocial de responsabilidades por um fato delituoso, de modo a se obter respostas mais céleres, eficientes e, em determinados casos, desencarceradoras (MENEZES, 2020, p. 53)

Essa tendência se fragmenta em diversos instrumentos próprios dotados de características e finalidades diferentes que, de maneira geral, nos dizeres de Suxberger e Filho (2016, p.383) podem ser conceituados como:

[...] um acordo entre acusação e defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito [...]O negócio processual penal está presente tanto nas soluções despenalizadoras (transação e suspensão condicional do processo), como na colaboração, quando o investigado ou o acusado ou o sentenciado confessa e aponta outros fatos e autores, recebendo pena menor (colaboração premiada), como na antecipação de pena, quando o investigado ou o acusado declara a sua culpa e recebe uma pena menor (Barganha), evitando, em tese, o caminho longo do processo criminal.

O questionamento á justiça brasileira de modo geral, não somente no âmbito criminal, é algo latente e unânime na sociedade brasileira, ao ponto de frases como “*Se existisse justiça no Brasil...*”, “*A lei no Brasil é falha!*” se tornarem jargões populares em qualquer núcleo social. Em um aspecto penal, o anseio social e a necessidade de propor alternativas que solucionem as falhas existentes na resolução das lides penais, sejam pela superlotação de presídios, a morosidade do judiciário, excessos burocráticos procedimentais, vácuos e incoerências legislativas, etc., fez com que se sustentasse o desenvolvimento de um cenário pautado da existência de mecanismos alternativos de consenso, que, nos dizeres Francisco

Dirceu Barros, prometeria ser a “luz no fim do túnel” para solucionar ás máculas que acometem a justiça penal brasileira e satisfazer a sede social por respostas justas:

[...] Visa à satisfação das expectativas sociais por justiça, representando uma solução alternativa ao sistema legal convencional de elevado custo social e financeiro, vez que, de forma rápida e objetiva, permite que se gastem menos recursos com a solução de conflitos menores, reduz a ocorrência de prescrição de crimes, além de trazer uma resposta célere à sociedade. (BARROS 2020 p.37)

2.2. O Microssistema dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.09\95)

Para compreender se os mecanismos consensuais são efetivamente á solução que precisamos para a justiça criminal, nada melhor do estuda-los em sua essência, e para isso, se faz fundamental à análise do instituto que inaugurou e sedimentou a ideia de consenso no ordenamento pátrio: A Lei 9.099/95 que concebe Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

2.2.1. Contexto

Para compreender o surgimento e a abertura dos espaços de consenso por meio da criação dos juizados especiais criminais, é necessário entender o surgimento dos juizados especiais em sua essência, onde inauguraram uma verdadeira espécie de “subnúcleo” jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro. O pontapé inicial para isso (e não poderia ser diferente) se deu a partir da própria Constituição Federal, que em 1988 positivou e abriu caminhos para a criação dos juizados especiais por meio da disposição expressa em seu artigo 98,I que traz que:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
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.

Entender a criação da referida norma constitucional supramencionada é entender o próprio contexto social, político e econômico que ensejou a criação da própria Constituição Federal de 1988.

O cenário que se compreendia na década de 80 em uma ótica constitucional estava vinculado, inegavelmente, ao legado caótico deixado pelo recente cenário político decorrente da Ditadura Militar, marcada pela repressão, o militarismo rígido, torturas, entre diversos outros adjetivos que em síntese somente servem para demonstrar a ineficácia e fragilidade de tutela á direito fundamentais gerados pela ordem constituinte anterior vigente á época, qual seja a Carta Magna de 1967, que fizesse com que o anseio social por uma efetiva e justa proteção de direitos e garantia fundamentais surgisse, e como resposta, é promulgada em 1988 a Constituição Federal “cidadã”, marcada pelo seu intenso e descritivo rol de direito e garantias fundamentais do art. 5º amparados pela concessão de “remédios” constitucionais para tutela de tais direitos. No entanto, buscar garantir uma tutela efetiva de direitos corresponde diretamente à soma de um extenso alargamento do princípio do Acesso a Justiça e a concessão de mecanismos judiciais capazes de assegura-los, e como resultado dessa equação, se têm a sobrecarga do judiciário e um amontoamento de ações que aguardam um desfecho e que muitas vezes de menor complexidade, mas que inevitavelmente se sujeitam a um sistema de ordem de ingresso.

É nesse sentido, que delimita Alexandre de Moraes:

Percebendo o legislador que grande parcela dessa substancial quantidade de causas dizia respeito a demandas que possuíam um menor grau de complexidade e que a discussão entre as partes normalmente girava em torno de valores menos expressivos, entendeu por bem criar um microssistema capaz de, ao mesmo tempo, atender a todos aqueles que por motivos diversos não conseguiam ter pleno acesso ao Judiciário e diminuir o número de litígios de menor monta que eram ajuizados perante a Justiça comum. (MORAES, 2018 p.1598/1599)

Assim, em 26 de setembro de 1995 surge a Lei 9.099, que regulamentou a norma expressa no artigo 98, I da Constituição Federal e instaurando por fim os juizados cíveis e criminais sob a promessa de maior celeridade, simplicidade e desburocratização da justiça criminal.

Agora sim, partindo para um ponto de vista estritamente criminal, o nosso código penal em vigor desde 1940 encontra-se rodeado de tipos penais cominados com pena máxima em abstrato não superior a dois anos, nos quais se denominam crimes de menor potencial ofensivo (que antes da vinda da Lei nº 11.313/2006 que alterou o art. 61 da Lei 9.099/95, de 2006, concebia como crimes

de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima não fosse superior a um ano), que são assim entendidos não somente por conta da pena á eles imposta, mas sim pelo seu próprio caráter atenuante, haja vista que tal infração atinge bens jurídicos de “menor relevância” ou em menor intensidade, logo, amparado no princípio da proporcionalidade, optou o legislador por imprimir uma pena mais branda e que se adequasse a reprovabilidade da conduta delituosa, é o que se vê, por exemplo, nos crimes de ameaça, crimes contra a honra (injúria, calúnia, difamação), ato obsceno, etc., e, de acordo com Marcus Alan de Melo Gomes, são condutas delituosas dessa natureza que sobrecarregam o judiciário penal, como nos explica o mesmo:

Assunto recorrente na doutrina é o da sobrecarga da justiça penal, geradora de um verdadeiro estancamento da prestação jurisdicional. Muitos são os fatores que interferem no desencadeamento desse fenômeno. O mais relevante de todos, talvez, seja o incremento progressivo da delinquência, sobretudo daquela relacionada a condutas delituosas de pequena reprovabilidade para qual o legislador comina sanções leves, e que são de ocorrência reiterada na vida cotidiana, em especial nos centros urbanos. (GOMES, M.A, 2003, p.70):

E diante desse cenário de abundância de “crimes pequenos” que chegam ao judiciário e que acabam por consequência desviando o foco dos “grandes crimes”, que expõe Luiz Flávio Gomes:

É impossível (e até mesmo contraproducente, conforme algumas correntes da psicologia e da sociedade criminológica) o controle “formal” penal (que envolve todos os órgãos destinados a esse fim: polícia, ministério público, juízes, etc.) integral da “criminalidade pequena”. Por isso, continuando acreditando na punição “total” dessa criminalidade não passa de um exercício de profissão de fé, sem nenhuma base racional. Uma vez constatada essa veracidade empírica, passou a doutrina a se preocupar com pelo menos seu controle “razoável”, de forma coerente, aliás, com o decantado princípio da intervenção mínima do Direito Penal”. (GOMES. L.F. 1997, p.39):

Ou seja, o legislador deparando-se com o cenário de expansão dos crimes de menor potencial ofensivo e aliado a sobrecarga já existente no judiciário, optou por desenvolver um microsistema de jurisdição penal que atenua e até mesmo desvincula de certos princípios da persecução penal, como por exemplo, a indisponibilidade da ação penal e a viabilidade da imposição de penas privativas de liberdade, de modo a propor um sistema calcado principalmente na oralidade,

informalidade, simplicidade, economia processual e principalmente na ideia de consenso, como ressalta Nereu José Giacomolli:

[...] A conciliação se erige num verdadeiro princípio orientador da atuação dos sujeitos envolvidos no Jecrim, a qual abrange os danos de natureza cível, da solução do problema na esfera criminal e a suspensão condicional do processo.[...] O consenso poderá solver o caso tanto na esfera criminal, quanto no âmbito reparatorio. Previne-se a formação de dois processos ordinários, a oitiva da mesma pessoa na fase investigatória, no juízo criminal e no juízo cível. (GIACOMOLLI, 2009, p.61)

A metodologia de consenso emanada pelos procedimentos adotados no Jecrim, se materializa por meio três principais institutos (ou medidas despenalizadoras como aduz parte da doutrina) regulamentados pela Lei 9099/95 e dotados de peculiaridades próprias e que serão analisados á seguir ainda que de forma sumária, debruçando maiores esforços sobre a exame dos pontos que se fazer importantes e indispensáveis para alcançar a compreensão de como a metodologia consensual vem se apresentando no processo penal brasileiro por meio desses, sendo eles: a composição civil, transação penal e a suspensão condicional do processo ou “sursi” processual.

2. 2. 2. Composição Civil

A primeira manifestação do princípio da conciliação emanado no rito dos juizados criminais é a composição civil, ou seja, trata-se de um acordo que busca obstar o *ius puniend* estatal de forma prévia ao início de eventual ação penal, através do estabelecimento de reparações de cunho patrimonial em caráter reparatorio pela violação ao bem jurídico da vítima penalmente tutelado.

Uma primeira importante conclusão que deve ser levantada é que na composição civil se vislumbra a noção de acordo, de bilateralidade em sua mais pura essência, considerando-se que de um lado há para a vítima a possibilidade de se antecipar em face de posterior ação civil *ex delicto* com a pretensão de obter a indenização antecipada decorrente dos danos gerados pelo ilícito, em troca da renúncia ao direito de queixa (nos crimes de ação penal privada) representação (no caso de crimes de ação penal pública condicionada), e para o autor da infração, ao aceitar ao acordo, se compromete o mesmo a indenizar a vítima de modo a

constituir para a mesma um título executivo pela decisão homologatória do acordo pelo juiz, e como recompensa, tem sua punibilidade extinta por meio do impedimento do exercício do direito de queixa ou de representação para aquele que sofreu os danos decorrentes do ilícito, conforme dicção do artigo 74, Parágrafo único da Lei 9.099/95, independente do cumprimento voluntário ou não do acordo, conforme pontuam Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

Simple composição dos danos, homologada judicialmente, já acarreta a extinção da punibilidade independentemente do adimplemento ou não da obrigação assumida. Restando, dessa forma, ao ofendido, na hipótese de descumprimento da obrigação, buscar, no juízo cível, a execução do título que se formou. Pela nova sistemática, portanto, a homologação do acordo cível na audiência preliminar de conciliação acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação (HEMERCIAN E MALULY, 2000, p.56)

Em suma, iniciado a audiência preliminar, o juiz, no papel de conciliador, oferecerá, na presença do Ministério Público e do advogado do autor do fato, a possibilidade de as partes pactuarem, se assim quiserem, quanto e de que modo poderiam se dar a indenização decorrente da conduta criminosa com base nos elementos apresentados. alcançado um denominador comum, fiscalizado pelo Ministério Público, o magistrado analisará às cláusulas do acordo e posteriormente proferindo um juízo homologatório sobre o mesmo, e depois de transitado em julgada a decisão homologatória, haverá o afastamento do direito de punir do Estado diante do auto composição das partes.

Contudo, como é nítido, as partes não são obrigadas a anuírem e sequer se proporem a buscar uma composição de danos, e nesses casos, o procedimento prosseguirá, abrindo margens para a incidências dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo

2. 2. 3. Transação Penal

O referido instituto encontra-se previsto de forma específica no artigo 76 da Lei. 9.099/95 que assim dispõe:

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.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Um ponto importante que logo de início há de ser levantado é que, tão importante estudar e entender o dispositivo supramencionado que regula na essência o instituto processual da transação penal, é compreender também que o mesmo se encontra disposto dentro do Seção II que trata da “Fase Preliminar” do procedimento instaurado nos juzados especiais criminais, ou seja, refere-se a todo o procedimento que precede posterior instauração e o início de uma ação penal.

Essa interpretação sistemática inicial da lei é indispensável, pois através dela é possível concluir que o dispositivo trazido pelo artigo 76 concebe nada mais que uma possibilidade do órgão acusatório de, antes de sequer iniciar a ação penal, oportunizar á aquele a quem se atribui o cometimento de uma infração de caráter de menor potencial ofensivo, desde que atendidos certos requisitos mínimos previstos em lei, a benesse de ter em favor de si a substituição de uma eventual imposição de uma pena restritiva de liberdade por medidas restritivas de direitos ou multa sujeito a validação do juiz. É nesse sentido que Sérgio Turra Sobrane conceitua o referido instituto, definindo-o como:

[...] O ato jurídico através do qual o Ministério público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais, e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena

consensualmente ajustada. (SOBRANE, 2003 apud GOMES, M.V., 2003, p.84)

Assim, nos parece correto afirmar que a transação penal se funda e se demonstra a servir no ordenamento jurídico penal brasileiro como verdadeira alternativa punitiva substanciada pelo consenso. Alternativa pois, como é entendido majoritariamente pela doutrina, a decisão que homologa a transação possui caráter meramente homologatório e não condenatório, mas que, embora não impute ao agente uma pena de detenção ou reclusão, determina uma contramedida ao mal injusto a que se imputa ao autor da infração, no entanto, sem induzir culpa daquele que a aceita, conforme demonstra o artigo 76, §4º e §6º que afirmam que a homologação do acordo não importa em reincidência, não constará na certidão de antecedentes e não possuirá efeitos civis.. É o que interpreta também Nereu José Giacomolli:

A decisão do juiz ao julgar o consenso das partes é homologatória. Não se trata de uma sentença condenatória, nem absolutória, pois não houve investigação nem instrução contraditória. A multa ou a restrição de direitos se constituem em penas diferenciadas, embora guardem índole de reprovação jurídica. (GIACOMOLLI, 2009, p.121)

E como caráter marcante que há de ser evidenciado, constitui-se a transação penal como típico mecanismo consensual, tendo em vista que somente existirá se, o Ministério Público dentro de sua esfera acusatória ofereça (e aqui se discute o caráter vinculante da transação penal frente ao órgão acusatório e se o mesmo poderia ou não se recusar a ofertar a mesma, e o entendimento que parece ser mais adequado a partir de uma análise da própria redação legal e dos princípios que orientam existência dos Juizados Criminais e o processo penal em sí, de que se trata de um direito subjetivo que deve ser contemplado se verificado a presença dos requisitos legais) ao acusado a proposta de aplicação antecipada de medidas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, Interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana) ou multa, e desde que o acusado aceite ou não, na presença de seu advogado, se submeter à sanção de forma prévia e abdicar de oferecer maiores resistências ao *ius puniend* do estado, na linha do que explica Pedro Henrique Hemercian e Jorge Assaf Maluly em sua obra:

[...] O consenso implica necessariamente a convergência de vontades: de um lado, o Ministério Público deixa de exercer o poder-dever de instaurar a ação penal (com a exclusão do processo); e, de outro, o autor do fato aceita submeter-se a uma multa ou a algumas regras de conduta, que, uma vez adimplidas, motivarão a extinção da punibilidade (HEMERCIAN E MALULY, 2000, p.69)

Contudo, para que todo o contexto tratado acima se concretize, é necessária a observância de alguns requisitos/pressupostos extraídos pela lei, entre eles: não ter sido o autor da infração condenado definitivamente à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (transitada em julgado); não ter obtido o autor o mesmo benefício nos últimos cinco anos; que haja demonstração de que a imposição de tais medida ou a multa se mostrem necessária, e adequados, por meio da análise dos antecedentes, conduta social e personalidade do agente.

Preenchidos os pressupostos, elaborado o acordo e expressamente anuído pelo infrator, o juiz em sede de audiência preliminar homologará ou não o acordo, e em caso positivo, aplicará de forma definitiva a sanção ao indivíduo nos termos acordados, de modo que cumpridos, acarretam a extinção da punibilidade do agente. Todavia, caso o agente em algum momento descumpra os termos definidos e homologados no acordo, embora por muito tempo se discutisse as consequências de tal conduta, se gerariam de imediato ao Ministério Público o direito/dever de ofertar denúncia ou até mesmo a possibilidade de conversão em penas restritivas de liberdade, hoje tal questão é pacífica na jurisprudência por conta da edição da Súmula Vinculante n.º 35 do Supremo Tribunal Federal que dispõe que:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Ou seja, a persecução penal retornaria a sua origem, embora ainda que por meio do procedimento dos Juizados Criminais, que daria prosseguimento ao procedimento.

2.2.4. Suspensão Condicional do Processo

A terceira e última medida consensual despenalizadora cabível no rito dos Juizados Especiais Criminais é a suspensão condicional do processo, detalhada no artigo 89 da Lei 9.099/95, na qual embora apresente semelhanças com o instituto anterior, principalmente no tocante a sistemática de sua elaboração (proposta pelo Ministério Público; aceitação mediante presença de advogado, homologação perante o juiz, etc.), apresenta algumas peculiaridades em relação aos demais institutos supramencionados.

Inicialmente, se percebe uma nítida diferença entre a suspensão condicional do processo (ou somente "sursi processual") e a transação penal, que recaí sobre o momento de sua propositura.

Enquanto a transação penal é cabível de ser proposta em momento anterior a uma eventual ação penal, na suspensão condicional por sua vez, como o próprio nome indica, pressupõe a instauração do processo e o início da ação penal pela respectiva peça acusatória apresentada pelo Ministério Público ou pela queixa crime ofertada pelo ofendido. No tocante o sursi penal na ação penal exclusiva, assim como também na transação penal, ainda que haja uma discussão sobre o seu cabimento, o entendimento que parece mais adequado é pelo cabimento tanto do sursi processual como da transação penal em tais ações, primeiro porque se trata de um benefício para o acusado que preencha os requisitos legais e terá a sua punibilidade extinta ao final do prazo, em segundo lugar, porque a proibição a estes institutos poderia ferir o princípio da igualdade e da proporcionalidade, uma vez que existem no ordenamento crimes mais graves de ação penal pública onde seria cabível a transação e o sursi, enquanto em crimes menos graves, de ação penal privada, não caberia.

Em relação à apresentação da proposta, um adendo importante a ser levantado é em relação a existência da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal que define que:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador – Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP

Esse entendimento é fruto da discussão acerca da possibilidade do juiz de ofício, conceder o benefício da suspensão condicional ao acusado, e embora haja divergências doutrinárias sobre tal possibilidade, o entendimento atual que prevalece é que, alinhado com a própria redação do artigo 89 que nos remete a ideia de que é de competência exclusiva do Ministério Público oferecer a proposta ao acusado, o magistrado não poderia atuar *ex officio* e conceder tal benesse ao mesmo, mas levando em conta que trata-se de um direito subjetivo processual do indivíduo, a jurisprudência permite que o juiz ante a omissão ou recusa do Promotor, remeta os autos ao Procurador Geral para que este opine sobre tal questão e fazendo assim, com que o juiz não atue de ofício e acabe por fazer as vezes do Ministério Público (o que se busca vedar cada vez mais com a instauração de um sistema acusatório dentro do Código de Processo Penal), mas que ao mesmo tempo não deixe de garantir direitos processuais inerentes acusado.

Outra importante diferença é que enquanto a transação penal era passível de ser aplicada exclusivamente aos crimes de menor potencial ofensivo compreendidos como aqueles com pena máxima em abstrato cominada de até dois anos, o artigo 89 “caput” da Lei 9.099/95 por sua vez oferta um mecanismo mais amplo, tendo em vista que é claro em especificar que o parâmetro não será a pena máxima cominada em abstrato, mas sim a pena mínima, logo, será cabível a suspensão em casos de crimes em que “a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei”, ou seja, a suspensão condicional vai além do rito dos juizados especiais criminais, sendo cabível em todo e qualquer tipo de procedimento desde que atendido os requisitos e as condições expressas em lei.

Feitas essas considerações e partindo para uma definição do instituto, Nereu José Giacomolli de forma precisa dispõe que:

A suspensão condicional do processo se constitui num instituto processual despenalizador, com reflexos no direito material, o qual permite que, após a formalização da acusação, sempre com a concordância do acusado, não se realize a audiência e não se profira sentença, em troca do cumprimento de determinadas condições, como reprovação jurídica suficiente, ou incidência proporcional do *ius puniendi*, nas infrações criminais de médio potencial ofensivo, sem que haja declaração de culpabilidade, provocando a tutela jurisdicional antecipada (GIACOMOLLI, 2009, p. 200)

Em relação aos requisitos em geral, para que possa ser ofertado ao réu a suspensão, além do recebimento da denúncia e o cometimento de crime com pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, é necessário também que o indivíduo não esteja sendo processado ou condenado pelo cometimento de outro crime, que o acusado aceite, na presença de seu advogado, os termos firmados e propostos pelo Ministério Público e por fim, que também estejam presentes os mesmos requisitos necessários para aplicação da suspensão condicional da pena previstos no art. 77 do Código Penal, quais sejam a ausência de reincidência em crime doloso e a presença de circunstâncias favoráveis ao agente.

Aceita a proposta pelo acusado, o juiz homologará o acordo, suspenderá o processo e definirá as condições a serem cumpridas durante a suspensão, no denominado período de prova, que nada mais é do que o respectivo lapso temporal (podendo ser de dois a quatro anos) pelo qual o acusado se sujeitará a certas condicionantes, entre elas a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo mensalmente, para informar e justificar suas atividades, além de eventuais outras condições que podem ser determinadas pelo magistrado, conforme aduz o artigo 89,§2º.

Por fim, cumprido o período de prova em sua integralidade sem gerar revogação do mesmo, a punibilidade do agente será extinta, por consequência, fulminando todos os efeitos criminais, entre eles antecedentes, reincidência, perda de bens, etc.

3 ANÁLISE CRÍTICA AO EXPANSIONISMO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NA JURISDIÇÃO PENAL.

Feito uma primeira abordagem de cunho introdutório sobre como se desenvolve a justiça penal acordada dentro do sistema penal brasileiro, uma nova análise deve ser estudada, de forma mais profunda e crítica sobre tais institutos, análise essa que se buscará desenvolver neste capítulo.

Para tanto, se faz necessário entender e explorar o atual cenário em que se encontra os espaços negociais dentro do campo criminal brasileiro.

3.1. Os Impactos do Pacote Anticrime no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Debruçar uma análise seja sobre o atual contexto da justiça criminal brasileira ou um estudo sobre o cenário dos espaços de consenso dentro do âmbito criminal, significa citar e aprofundar minimamente sobre o “Pacote Anticrime”, oriundo do Projeto de Lei 882/2019 que posteriormente veio a se efetivar pela Lei 13.964/19 e estando em vigor desde o dia 23 de janeiro de 2020.

O contexto da criação da referida normativa flutua entre a necessidade de atualização da nossa legislação penal de forma geral, principalmente no que diz respeito ao Código de Processo Penal e o Código Penal, haja vista que são legislações “antigas” e precisam se amoldar as necessidades e avanços sociais, e a finalidade de dar uma resposta política a criminalidade como satisfação a vontade popular. É esse sentido que pensa Renato Brasileiro de Lima:

O denominado “pacote Anticrime” foi apresentado ao congresso nacional no dia 31 de janeiro de 2019 (PL 882/2019), tendo como principal meta o estabelecimento de medidas que realmente se demonstrassem efetivas contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência á pessoa, sistematizando as mudanças em uma perspectiva mais rigorosa no enfrentamento á criminalidade, teoricamente em consonância com o anseio popular expressado pelas eleições presidenciais de 2018 (LIMA, 2020,19)

Contudo, em relação a esse enfoque dado a busca do combate à criminalidade, há quem critique a própria nomenclatura dada ao projeto de lei, ao exemplo do que dita Marcos Paulo Dutra Santos:

[...] nomenclatura, aliás, infeliz, porque contempla, subliminarmente, a antítese, ou seja, a existência de propostas legislativas pró-crime, quadra inimaginável. Chega a pecar, inclusive, pela empáfia, sugerindo que as críticas porventura formuladas ao pacote “anticrime” seriam, em verdade, favoráveis à criminalidade. Por tais razões, evitaremos a expressão, referindo-se à lei em si ou à reforma de 2019 (SANTOS, 2020, p.1)

Fato há de se concordar que a expressão “pacote anticrime” talvez não tenha sido assertiva por parte de seus idealizadores, isto pois intitular mudança como reais medidas anticrime expressa uma credibilidade que na prática pode não se demonstrar de tal forma. De fato, instauraram-se mudanças que, pelo menos em um plano teórico, são destinadas diretamente a coibir a prática delituosa e “intimidar” potenciais criminosos, como por exemplo, a alteração no artigo 75 do Código Penal que aumentou o limite máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade de 30 para 40 anos e a ampliação dos requisitos para a concessão do livramento condicional por meio da modificação ao artigo 83,III do mesmo livro.

Contudo, por outro lado, também se efetivou e ampliou medidas voltadas para a própria persecução penal e o processo em si, porém com um viés intrínseco “pró-criminoso” de modo a alinhar com o ideal garantista que orienta o sistema penal brasileiro. A primeira alteração que merece atenção diz respeito a modificação redacional no artigo 310 Código de Processo Penal trazendo para dentro do mesmo a previsão expressa da realização da audiência de custódia no prazo máximo de 24h após o recebimento do auto de prisão em flagrante (que no entanto se encontra suspenso por decisão do Ministro Luiz Fux) e que até então era regulada pela Resolução nº 213 do CNJ, com o intuito de atribuir a legalidade da prisão em flagrante e tutela do próprio preso ao crivo do magistrado.

É nesse sentido que explica Rogério Sanches Cunha:

A audiência de custódia (ou de apresentação) tem dupla finalidade: de proteção, a fim de tutelar a integridade física do preso, e de constatação, aquilatando, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a necessidade de ser mantida a prisão do autuado (CUNHA. 2020, p.238)

A segunda mudança que há de ser ressaltada refere-se às alterações dos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 282, deixando clara a impossibilidade do magistrado de decretar medidas cautelares de ofício, dependendo de provocação das partes para tanto. A razão de ser dessa modificação está atrelada a mudança de

maior impacto proporcionada também pelo Pacote Anticrime, qual seja a transformação do sistema que orienta o processo penal no Brasil, partindo de um sistema inquisitivo, onde, nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Pesa, nele, em todos os quadrantes, a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação. Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiendo o órgão acusatório. (COUTINHO, 2009, p.111)

Ou seja, trata-se da ideia de um processo penal focado somente na busca da verdade real, onde para tanto, se flexibiliza a priorização de uma estrutura compacta e dividida entre as funções de cada parte no processo (órgão acusador, defesa e judiciário) permitindo principalmente que o juiz assuma um papel soberano na persecução, podendo assim, por exemplo, gerir a produção probatória como também dando azo a possibilidade de decretação de medidas cautelares de ofício.

Com a ideia de mitigar esse dogma enraizado no processo penal, a Lei 13.964/2019 trouxe expressamente para dentro do Código de Processo Penal no artigo 3-A um sistema acusatório, através da seguinte redação “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Essa estrutura acusatória detém, como nos explica Guilherme de Souza Nucci, os seguintes atributos:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. (NUCCI, 2020, p. 27).

Alinhado a esse novo ideal, continuar a permitir a possibilidade de o juiz decretar de ofício medidas cautelares restritivas de liberdade é consentir que o mesmo fizesse às vezes do Ministério Público no tocante ao exercício acusatório, assim, violando essa divisão estrutural fundamental de funções buscada pelo sistema acusatório como principal diferença para com o antigo sistema inquisitorial, consonante ao que nos ensina o processualista Renato Brasileiro de Lima:

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova. (LIMA, 2020, p.44)

Não obstante a essas alterações, há de serem citadas outras que foram importantes dentro do sistema penal, como a própria inclusão da figura do Juiz de Garantias, uma função jurisdicional específica criada por lei no sentido de preservar o sistema acusatório a fim de controlar legalidade da investigação e tutelar os direitos fundamentais, de forma a separar as funções de investigar, acusar, defender e julgar, além da implantação da cadeia de custódia da prova, contemplada no artigo 158-A, com o escopo de garantir maior segurança e confiabilidade sob as provas colhidas durante a instrução criminal, e também alterações legislações esparsas como a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Crimes Hediondos .

Entre tantas inovações e alterações, os espaços de consenso também foram alvo de expansão pelo Pacote Anticrime. Inicialmente, de forma óbvia, haja vista o grande objetivo sustentado pelo Ex-Ministro Sérgio Moro para criação do Pacote Anticrime, qual seja o combate à corrupção e as organizações criminosas, a Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) sofreu diversas alterações e, tanto em relação a aspectos gerais voltados ao combate às organizações criminosas, mas principalmente no que diz respeito à disciplina do acordo de colaboração premiada, colaboração essa que pode ser conceituado como:

[...] negócio jurídico que reduz a resposta penal em troca da colaboração do acusado para demonstração dos crimes de corrêus, da estrutura criminosa, da recuperação do produto do crime ou do salvamento da vítima, além de prevenir novos crimes da organização criminosa (CORDEIRO, 2020, n.p.)

Em linhas gerais, a mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime ao instituto da Colaboração Premiada vieram com o intuito de reforçar a natureza jurídica negocial do mesmo, como se observa pela inclusão do novo artigo 3º-A da Lei 12.850/2013 onde define que “o acordo de colaboração premiada é negócio

jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”, e também ajustar e regulamentar toda a parte formal do acordo, com base nas mudanças inseridas nos artigos 3-B, 3-C e 4º e seus respectivos parágrafos do mesmo códex.

Sobre tais mudanças, Soraia da Rosa Mendes e Ana Maria Martinez explicam que:

De antemão, em linhas gerais, a maior parcela das alterações implementadas pelo Pacote Anticrime quanto à colaboração premiada nada mais significaram do que a positivação de críticas doutrinárias que vieram sendo construídas ao longo desses últimos anos, muito especialmente em razão da insegurança jurídica tanto para as pessoas colaboradoras quanto para as delatadas (MENDES, MARTINEZ, 2020, p. 289)

Por fim, não menos importante, está à legalização (tendo em vista que sua existência já era prevista por meio de uma Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público) do Acordo de Não Persecução Penal, descrito no art. 28-A, que representa talvez a “novidade” mais paradigmática inserida pela Lei 13.964/201 que trazendo ao ordenamento processual mais um mecanismo fruto da justiça negocial brasileira, porém, com uma peculiaridade: a possibilidade de celebração de um acordo entre acusação e defesa para crimes com pena cominada superior a 2 anos, nos quais deixam de serem caracterizados como de menor potencial ofensivo e passam a possuir a alcunha de crimes de médio potencial ofensivo.

3.2. Realidade da Justiça Criminal Brasileira Sob Um Prisma Estatístico

Diante dessa peculiaridade, o questionamento que nos surge de imediato (ou que deveria surgir) é: quais motivos levaram o legislador brasileiro a positivizar mais um instituto negocial, desta vez mais abrangente, dentro do processo penal brasileiro? Parte dessa resposta pode vir a partir de um indicativo que a análise dos dados numéricos do funcionamento da justiça criminal nos mostra.

O nosso atual Código Penal, principal legislação na esfera penal e que vigora desde 1943, atualmente contempla em sua parte especial cerca de 300 tipos penais incriminadores. Desse total, cerca de 45 possuem pena cominada de até dois anos, ou seja, apenas 15% dos crimes previstos, em tese, são passíveis de competência do Jecrim e conseqüentemente, sujeito as medidas despenalizadoras

contidas na Lei 9.099/95 (desde que claro, atendidos os requisitos previstos em lei), sem descartar também os crimes previstos em legislações especiais que possam se sujeitar ao procedimento do Jecrim, assim como também as contravenções penais ,onde todas são de competência do Jecrim independente da pena e da existência de rito próprio. Obviamente que a inserção desse novo instituto não se fundou somente com base nessa proporção presente no Código Penal, contudo, pode ter sido um demonstrativo inicial a ter instigado o legislador o fato de que as minorias dos crimes tipificadas não se sujeitarem a algum tipo de instituto despenalizador fruto da justiça consensual.

Caminhando para uma análise mais ampla, a partir do estudo emitido pelo Relatório “Justiça em Números” de 2020, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com base nos dados analisados em 2019, se constata que, entre os vários dados estatísticos obtidos, os que mais chamam a atenção são a enorme crescente de execuções penais pendentes de 2011 em diante principalmente no que diz respeito às execuções pendentes de penas privativas de liberdade, que em 2011 eram de 0,65 milhões e nos anos seguintes até 2019, foram, respectivamente, de 0,73; 0,87; 0,83; 0,88; 1,04; 1,06; 1,09; 1,21. Esses dados podem estar associados a diversos motivos, entre eles, o indicativo já apontado que a grande massa dos crimes cometidos no Brasil são aqueles que não se sujeitam a nenhuma medida despenalizadora e alternativa ao cárcere, assim como também em contrapartida, pode ser um reflexo da ineficiência dos acordos firmados entre a acusação e defesa que acabam por ocasionar na instauração do processo crime e levando a condenação dos agentes. Aliado a isso, constatou-se que em 2019 que de todas as penas aplicadas, 57,7% correspondem a penas privativas de liberdade e 42,3% as penas não privativas de liberdade, contudo, dentro desse número, apenas 3,9% ingressaram nos juizados especiais criminais (estadual ou federal), ou seja, embora haja um número significativo de aplicação de penas não privativas de liberdade, a maioria destas não são oriundas dos institutos despenalizadoras que se encontram concentrados e regulamentados pela Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Não obstante, outro dado que merece atenção, embora não seja novidade no contexto criminal brasileiro há muito tempo, mas que ganha muito mais impacto quando analisado de forma objetiva em números, é a população carcerária. De acordo com os dados alcançados pelo Projeto “Sistema Prisional em Números”

disponibilizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 2019 a taxa de ocupação nos presídios brasileiros era de 161,61%.

Esses números, aliados ao cenário caótico, precário e insalubre vivenciado por esse conglomerado de indivíduos demonstram que, diante da utopia distante de reestruturar o sistema carcerário brasileiro seja sob o argumento do ponto de vista financeiro, estrutural ou volitivo por parte dos órgãos públicos responsáveis pela segurança pública, necessário se torna para o direito penal brasileiro buscar alternativas para conciliar a efetividade na aplicação do ius puniend pelo Estado com a penalização do indivíduo caracterizada pela preservação da dignidade da pessoa humana, e é nesse aspecto talvez, que se pauta o legislador brasileiro para introduzir cada vez mais os mecanismos de consenso frutos da justiça criminal para dentro do direito brasileiro.

Superada está análise extrínseca, ou seja, a partir de uma perspectiva de aspectos externos que influência o desenvolvimento da justiça consensual no Brasil, necessária se faz também o estudo de como esses mecanismos negociais se alinham (ou não) aos princípios e toda a estrutura do processo penal brasileiro, estudo este que se buscará desenvolver á seguir.

3.3. O Afronte aos Princípios Basilares do Processo Penal Brasileiro

Enxergar a hipótese da persecução penal resumida em um cenário onde se encontram sentados ao redor de uma mesa a acusação e o indiciado negociando de forma pacífica formas de solução punitiva em face de um ilícito penal cometido, onde o juiz atua como mediador de toda essa negociação, nos parece um contexto ímpar á realidade do desenvolvimento da lide penal no Brasil, caracterizado na maioria das vezes por uma acusação rígida, inflexível, incisiva, buscando se impor, enquanto do outro lado têm se a figura do indiciado ou acusado que assume um papel de total negativa, inércia, não colaborativo com a atividade persecutória, e no meio de tudo isso, intermediando esses opostos, encontra-se a figura do juiz, um juiz muitas vezes inquisitor, que abre mão de sua imparcialidade em certas situações.

Independente da realidade acima retratada, fato é que o contexto dos cenários de consenso no âmbito penal nos leva a refletir como estes se comportam diante dos próprios princípios que regem o processo penal.

Sobre a própria ideia de princípios, leciona Humberto Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido (ÁVILA, 2005. p. 70)

Assim, quando se fala em princípios se fala em um norte por onde todas as normas que compõem um determinado regramento devem seguir.

Transportando esse raciocínio para esfera processual, não há como dissociar a ideia de processo com a própria existência da ação penal, sendo um o fundamento da existência do outro, e é diante dessa relação que se substancia o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, delimitado por Aury Lopes Jr. como:

A ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação anteriormente apontadas (prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; *justa causa*) (JUNIOR, 2020, p. 350)

Sobre o fundamento deste princípio, não há qualquer dispositivo, seja na Constituição Federal ou no próprio Código de Processo Penal que disponha de forma expressa, clara e literal sobre a obrigatoriedade do Ministério Público em propor a ação penal. Diante desse vácuo, parte da doutrina busca extrair sua fundamentação do próprio artigo 24 do Código de Processo Penal que traz que “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público...”, mas que, contudo, não é unânime, haja vista que há interpretações no sentido de que a disposição do referido artigo busca somente separar a legitimidade da ação penal pública da ação penal privada, sendo a primeira destinada a um órgão público (no caso o Ministério Público) e a segunda atribuída ao próprio ofendido, não tendo o condão de exprimir a não discricionariedade do promotor na ação penal pública.

Essa exegese encontra fundamento quando se analisa a letra fria do artigo 24, pois caso o legislador quisesse conceber de forma expressa essa obrigatoriedade, uma mera modificação redacional poderia ser instaurada de modo a alterar a dicção do dispositivo legal, como por exemplo, se o legislador optasse pela redação “Nos crimes de ação pública, esta será promovida, *obrigatoriamente* por denúncia do Ministério Público”.

Tal entendimento é defendido por Gabriel Silveira de Queirós Campos:

A disposição do artigo 24 do CPP, em sua dicção literal, apenas pretende atribuir a uma instituição específica (o Ministério Público) a titularidade para a promoção da ação penal pública, excluindo a possibilidade de que o próprio ofendido (particular) exerça a persecução penal. Idêntica solução foi adotada pela vigente Constituição Federal, em seu artigo 129, I, ao considerar função institucional do Parquet a promoção, com privatividade, da ação penal pública. Ao contrário do sustentado pela doutrina, não há qualquer imposição, no artigo 24 ou em qualquer outro dispositivo do Código de Processo Penal, de que o Ministério Público promova a ação penal pública de forma obrigatória (compulsória), como se fosse um autômato oferecedor de denúncias (CAMPOS, 2020, n.p)

Diante desse imbróglio, torna-se mais adequado extrair o princípio da obrigatoriedade a partir de uma análise sistemática e teleológica do próprio ordenamento processual penal a nível constitucional e infraconstitucional. Esse princípio existe, pois a própria persecução penal é monopólio Estatal, atividade exclusiva do Estado, que não somente legisla no sentido de legalizar condutas e tipifica-las como crime e cominar sua devida sanção (Constituição Federal Art., 5º, XXXIX), como também investiga por meio das autoridades policiais e acusa por meio do Ministério Público, sendo estas funções deveres legais impostos a essas autoridades de modo a não existir uma autonomia de vontade por parte de tais entes, mas sim uma vontade da lei que os obriga a atuarem, sendo essa imposição decorrente da caracterização da atividade acusatória e investigatória como exercício da função republicana, ou seja, imposta por lei (Constituição Federal artigos 5º, XXXV, LIII a LV, e 144, § 4º, da Constituição Federal) e exercida de forma motivada, demonstrando o porquê de se estar acusando ou investigando. Logo, quando a autoridade policial não investiga ou o promotor não acusa injustificadamente, estão eles praticando uma ilegalidade por omissão, uma abstenção legal, isso, pois estas funções são realizadas, acima de tudo, com o interesse de tutela a sociedade de uma maneira geral. Sobre este raciocínio, acompanha Guilherme Nucci:

Dispõe a legalidade não haver crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine, razão pela qual podemos deduzir que, havendo tipicidade incriminadora, é imperiosa a aplicação da sanção penal a quem seja autor da infração penal. Não se trata de mera faculdade do Poder Judiciário aplicar a lei penal ao caso concreto, embora saibamos que, atento ao princípio do devido processo legal, não poderá haver sanção sem que exista processo. Ora, se o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal, nos casos de crimes de ação pública, a única maneira viável de se aplicar a pena é através da materialização do processo criminal, exigindo-se a atuação do Estado-acusação (NUCCI, 2020, P. 14).

Nereu José Giacomoll ratifica dizendo:

Os encarregados da investigação, ante a notitia criminis, possuem o dever de atuar. O MP, satisfeitos os requisitos legais, é obrigado a deduzir uma acusação, sustentá-la e promover a sua execução, ante um órgão judicial. Assim, o princípio da legalidade informa que o início, o desenvolvimento e o término do processo penal não estão submetidos a juízos de oportunidade ou a critérios subjetivos dos órgãos oficiais (GIACOMOLLI, 2016, p. 322)

Feita tais ponderações e podendo concluir então que a imposição da obrigatoriedade decorre do próprio sistema persecutório que, uma vez impondo ao Estado o dever de acusar e que para tanto necessita de um instrumento ou veículo que concretize tal dever, torna-se mais fácil compreender o processo de relativização do rigor do princípio da obrigatoriedade protagonizado pelos institutos despenalizadores frutos de uma justiça negocial, visto que se o próprio sistema constrói essa obrigatoriedade adstrita ao Ministério Público, cabe ao próprio sistema mitigar o mesmo.

É com esse raciocínio que este mesmo sistema vem criando alternativas para mitigar o rigor do princípio da obrigatoriedade imposta ao Ministério Público, algo que se iniciou com a própria previsão constitucional no artigo 98,I, que previu a instauração dos juizados especiais criminais juntamente com a previsão da própria transação penal, e que segue se incorporando no sistema processual penal, a exemplo da previsão do acordo de não persecução penal instituído pela Lei Anticrime.

Sobre essa mitigação, á quem considere que estamos diante da aplicação de uma “oportunidade regrada”, ou seja, uma relativização da legalidade e obrigatoriedade com a aptidão de conferir uma discricionariedade aos órgãos que

compõe a atividade persecutória, onde pautados em critérios próprios, podem ou não investigar ou denunciar.

No entanto, a respeito de tal oportunidade ao órgão acusador, entende-se que este não atua sob o princípio de oportunidade, mas ante um permissivo legal, pois suas atividades e os efeitos de suas proposições estão limitados pelos requisitos estabelecidos em lei. O princípio reitor do ordenamento criminal continua sendo o da legalidade, e não o da oportunidade. Por isso, não é a oportunidade que está sendo regrada, mas a lei que regulamenta e delimita certo poder de disposição nas atividades dos órgãos oficiais.

Ou seja, não é a oportunidade que se condiciona a certos critérios, mas sim os próprios critérios e condições impostas pela lei que autorizam o órgão público acusador a dispor da ação penal pública e se valer de medidas alternativas ao encarceramento, e não somente autorizam como instituem como direito subjetivo do indiciado, desde que cumprido os requisitos, ter oportunizado essa benesse em seu favor. Assim, a lei ao flexibilizar a obrigatoriedade da ação penal ao titular da persecutio criminis seja pela transação penal ou pela concessão do sursi processual por exemplo, ela não está flexibilizando o dever legal de atuação do Promotor na persecução penal, ao contrário, ela impõe uma espécie de “obrigatoriedade alternativa” que faz com que o representante da acusação não possa se negar a presentear o indivíduo com os institutos da Lei 9.099/95 com base em sua discricionariedade pessoal ou juízos próprios. É a conclusão expressada por Giacomolli:

A expressão oportunidade regrada é imprópria porque não é a oportunidade, em si mesma, que se submete a uma regra: o juízo de oportunidade sempre consiste em dizer o que se considera oportuno, ainda que não coincida com o que, em princípio, se depreende da norma legal. O que se regula é, pois, certo círculo ou âmbito objetivo dentro do qual cabe que se formulem e sejam eficazes os juízos de oportunidade ou, dito de outra forma, o oportuno não está e nem pode ser regrado. São certos requisitos, necessários para que o MP ou, eventualmente, o órgão jurisdicional, possam atuar por critérios de oportunidade, assim como o âmbito dentro do qual se pode operar com esses vetores, que podem ser regrados. (GIACOMOLLI, 2016, p. 322)

Superado o estudo da relação do princípio da obrigatoriedade dentro dos negócios penais, parte-se para uma análise um pouco mais delicada, que diz a respeito à conciliação com a busca da verdade real.

Quando se busca diferenciar a jurisdição cível e penal, partindo de uma visão mais intrínseca, o paralelo que se observa é que pelo fato de na esfera penal o reconhecimento da conduta típica, ilícita e culpável importa em possíveis impactos no que tange a valores constitucionais e indisponíveis dos agentes envolvidos, mormente no que tange a sua liberdade de locomoção, esse reconhecimento deve ser calcado por um juízo categórico de certeza em sua condenação, ou seja, preza-se por uma busca da verdade genuína, incontestável, alcançada por meio de ampla produção de provas e o respeito ao devido processo legal. Já na esfera cível por sua vez, que embora também trate de valores e princípios constitucionais, permite-se sua mitigação por meio de certas presunções, priorizando portanto a busca de uma verdade formal, o que se justifica pelo fato de que no âmbito cível os litígios, em sua grande maioria, possuem natureza patrimonial.

Contudo, essa dicotomia não mais se demonstra como um parâmetro satisfatório para interpretar e distinguir a jurisdição cível e penal. Desse modo aduz Renato Brasileiro:

Atualmente, essa dicotomia entre verdade formal e material deixou de existir. Já não há mais espaço para a dicotomia entre verdade formal, típica do processo civil, e verdade material, própria do processo penal. No âmbito cível, mesmo nos casos de direitos disponíveis, tem sido aceito que o magistrado possa, de ofício, determinar a produção de provas necessárias ao esclarecimento da verdade. Afinal, o processo deve ser considerado um meio efetivo de realização da justiça, quer seja o direito disponível, quer seja indisponível.[...] No âmbito processual penal, hodiernamente, admite-se que é impossível que se atinja uma verdade absoluta. A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. (LIMA, 2020, p.70)

Essa “mitigação” a busca da verdade real no processo penal se tornou mais latente ainda com a positivação de um sistema acusatório, que conforme já visto, busca limitar a autonomia das partes principalmente do juiz, impedindo que o mesmo possa decretar e solicitar a produção de provas de ofício de modo a fomentar essa busca incessante pela verdade dos fatos.

Todavia, mais do que debater sobre o tratamento dessa constante “busca da verdade” seja no direito penal ou no direito civil, é entender o real valor

que esse princípio busca impor no processo penal sob um viés jurídico, deixando de lado as acepções filosóficas do termo. Isso porque entender o que se classifica como uma verdade alcançada está ligado diretamente com a finalística buscada pela implantação de mecanismos negociais na justiça criminal.

Sobre a ótica de que a verdade é um esclarecimento autêntico de todos os pontos que norteiam a lide penal onde se consegue efetivamente apontar se houve de fato um crime, quem o cometeu, de qual maneira, onde e quem é a vítima e que isso somente pode ser alcançado, pelo menos teoricamente, por um processo penal que caminha em sua marcha “normal”, onde posteriormente consubstanciará na respectiva e proporcional sanção penal cabível ao agente, os institutos negociais se mostram vazios sob essa concepção, uma vez que se tem um processo que caminha de maneira anômala, sem ampla produção probatória, onde se impõe uma sanção dotada de um certo caráter discricionário (haja vista que cabe ao Ministério Público, em tese, propor os institutos que posteriormente se submetem ao crivo do juiz) sujeito a vontade daquele que tem em seus desfavor a imputação de um fato criminoso.

Desse modo, não é nenhum absurdo dizer que quando se propõe um instituto despenalizador a um indivíduo, o Estado não busca apurar e solucionar efetivamente o conflito social que influi em direitos fundamentais e bem jurídicos de outros indivíduos nos quais ele mesmo se compromete a cuidar a partir do momento em que atrai para si o direito de punir, mas tão somente dar fim a mais um procedimento, a fim de aliviar o judiciário, reduzindo o litígio a um mero número que será arquivado e colocado em uma gaveta, deixando o conceitos de justiça resumido a resolução célere e simplista da lide penal.

É o que conclui Marco Antônio de Barros em sua obra:

Trata-se de modelo de persecução penal que não combina com a conhecida orientação doutrinária defensora da tese de que o processo penal tem por finalidade a realização da justiça, consubstanciada na descoberta da verdade, a qual pode ser alcançado por meio do devido processo legal. Nesse contexto, quando há consenso entre o autor do fato e a vítima, e também quando se formaliza a transação entre o ministério público e o autor do fato desde que homologado acordo pelo juiz, encerra-se o caso independentemente de qualquer providência relativa a busca da verdade (BARROS, 2010, p.348)

Em síntese, o fato é que o legislador, com a vinda da Lei 9.099 e seus institutos despenalizadores, assim como também pela Delação premiada, o Acordo de Não perseguição Penal e todas as outras modalidades de acordos que vierem a surgir futuramente em nosso sistema criminal, SEMPRE deixarão de lado a certeza dos fatos em prol da celeridade e economia processual, expondo a sociedade a aparente sensação de não impunidade.

4. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Abordados aspectos introdutórios e aprofundado em uma perspectiva mais crítica acerca da justiça consensual no processo penal, parte-se por fim a um estudo mais abrangente sobre o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), o mais atual mecanismo oriundo da justiça consensual, que por guardar peculiaridades diante de tudo o que foi refletido ao longo do presente trabalho, merece um estudo dedicado.

4.1. Definição

O Acordo de Não Persecução Penal pode ser definido como um acordo pré-processual penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, onde ao invés de se propor a ação penal contra o investigado, confere-se ao Ministério Público a possibilidade de, presente os requisitos pré-dispostos em lei, propor o acordo com o investigado de modo a submeter o mesmo a certas condições que substituem uma eventual condenação e que depois de submetida à homologação do juiz e devidamente cumpridos, acarretam à extinção da punibilidade do investigado.

Nas palavras de Sandro Carvalho:

O acordo de não persecução penal é um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado (devidamente assistido por advogado/defensor), notadamente na fase de investigação de um ilícito penal, necessariamente homologado judicialmente, onde o investigado assume a responsabilidade do fato delituoso investigado, aceitando voluntariamente cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e pugnar pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido (CARVALHO, 2021, p. 20)

Marcelo Lebre por sua vez o define da seguinte forma:

Trata-se, em apertada síntese, de modalidade de acordo bilateral - a ser feito entre as partes (acusação e acusado) -, o qual figura como alternativa à propositura da ação penal, embora deva ser homologado pelo juiz para gerar efeitos legais. Depois de cumprida todas as condições firmadas, resultará na aplicação consensual de alguma restrição de direitos ao acusado (LEBRE, 2020, p. 146)

4.2. Antecedentes

Dizer que o acordo de não persecução penal foi adotado pelo direito brasileiro exclusivamente por meio da introdução do art. 28-A do Código de Processo Penal através da Lei 13.964/19 é uma afirmação equivocada.

O ANPP está presente na realidade processual penal desde 2017, regulamentado por meio do artigo 18º da Resolução Nº181 do CNMP que dispõe sobre o procedimento investigatório a cargo do Ministério Público, editada no mesmo ano. Porém, por força da Resolução nº 183, de 24 de janeiro do ano seguinte, instaurou-se mudanças sobre o mesmo artigo 18º da Resolução anterior que disciplinava o ANPP. O fundamento dessa alteração se deu em decorrência dos questionamentos voltados a própria constitucionalidade do instituto, importando em algumas alterações redacionais do dispositivo

Sobre o questionamento á constitucionalidade da Resolução 181/2017, foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 5790 e ADI nº 5793) de titularidade da Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente. A respeito dos argumentos colocados em ambas as ações, apresenta Pedro Monteiro:

[...]. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790 argumentava-se que a resolução do CNMP invadia a competência legislativa, inovando em matéria processual penal e, por conseguinte, violando direitos e garantias individuais do investigado, ou seja, possuía vício de inconstitucionalidade, com dispositivos que afrontavam as competências dos órgãos responsáveis pela investigação. Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793, que na época foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, levantou-se que a resolução do CNMP ofendia o princípio da reserva legal e da segurança jurídica, extrapolando o poder regulamentar do Conselho Federal do Ministério Público, sob clara afronta ao que prevê a Constituição (MONTEIRO, 2020)

Em suma, o principal questionamento acerca da constitucionalidade da regulamentação do ANPPP pela Resolução residia na alegação de que o CNMP estaria usurpando competência legislativa ao tratar de matéria processual e penal, na qual por força artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, compete exclusivamente a União legislar nesse sentido.

Porém, em que pese este argumento, há posicionamentos em sentido contrário que sustentam a constitucionalidade da previsão contida no artigo 18 da Resolução 181/17, a exemplo de Rodrigo Leite Ferreira Cabral, que assim dispõe:

Assim, é correto afirmar que, de acordo com estável jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público pode expedir regulamentos autônomos, desde que destinado a regulamentar diretamente a aplicação de princípios constitucionais. Na espécie, é possível afirmar que a Resolução 181/17 busca tão somente aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF, artigo 37, caput); da proporcionalidade (CF, artigo 5º, LIV); da celeridade (CF, artigo 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI e VI) [...]. Como se pode ver, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao regulamentar o acordo de não persecução penal, nada mais fez do que emprestar máxima efetividade aos referidos princípios constitucionais, de modo a tornar a persecução penal brasileira mais justa e adequada (CABRAL, 2018,p.31-32)

Fato é que com a vinda da regulamentação do artigo 28-A e a positivação dentro do próprio código de Processo Penal, sanou-se sua discussão constitucional em relação a essa perspectiva.

4.3. Características e Procedimento

Por meio da redação inserida no artigo 28-A do Código de Processo Penal, transportada da Resolução Nº183/18, assim encontra-se disciplinado o Acordo de Não Persecução Penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Conforme ressaltado anteriormente neste presente trabalho, a inserção do ANPP na legislação processual penal representa um avanço paradigmático no contexto da justiça penal negociada, uma vez que, diferente de qualquer outro instituto desta natureza previsto no direito brasileiro, é mais abrangente, atingindo crimes cuja pena cominada seja até quatro anos, ou em

outras palavras, cabível a crimes de médio potencial ofensivo. Em contrapartida, como contrapeso a essa flexibilização negocial, o legislador atribuiu a esse instituto algumas características peculiares que até então não se viam presentes em outros institutos.

A primeira reside na ênfase do legislador pela necessidade de ser possível o prosseguimento da ação penal para a propositura do ANNP, ou seja, o Promotor ao receber o relatório do inquérito deve realizar um juízo de valor positivo sobre o mesmo, onde sendo possível promover a Denúncia, embora o Promotor possua um dever legal de acusar norteado pela obrigatoriedade da ação penal pública, esta será mitigada por força da lei de modo a privilegiar o investigado com o respectivo benefício.

O segundo ponto e o mais polêmico (de modo que será analisado posteriormente de forma mais aprofundada em tópico específico) é a exigência da confissão formal e circunstanciada da prática do crime pelo investigado como requisito necessário para a ocorrência do acordo, que em outros termos, implica que o investigado deva fazer a renúncia a sua autodefesa, o direito de não se auto – incriminar com a finalidade de abastecer o banco de dados da polícia e do Ministério Público em troca da possibilidade do não cárcere.

Uma terceira característica, na verdade uma diferenciação, é a comparação entre o acordo de não persecução e a delação premiada. O ANPP, ao contrário do acordo de delação premiada, não possui o intuito de promover de forma única e exclusiva o abastecimento do banco de dados do Estado por meio de informações em troca de algumas restrições quanto ao direito de punir do mesmo, ele não está sujeito a essas condições burocráticas, sendo essencialmente um meio alternativo a resposta punitiva do Estado, de modo a substituir o encarceramento.

Feitas essas ponderações, imperioso se faz a análise do procedimento para a concessão do respectivo acordo. Essa concessão está condicionada ao preenchimento de requisitos ou pressupostos que podem ser divididos em positivos e negativos.

Por pressupostos positivos entende-se como sendo as condições ou elementos que obrigatoriamente devem estar presentes para ser válido a propositura do acordo.

Sobre isso, a lei prevê como pressuposto objetivo, além da confissão formal já mencionada, que a pena mínima abstrata do crime imputado ser inferior a 4 anos e que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça (artigo 28-A “*caput*”). A pena mínima cominada (abstrata), que é a prevista no próprio preceito secundário tipo penal, deve ser inferior a 4 anos, no entanto, leva-se em consideração possíveis causas de aumento ou diminuição de pena e concurso de crimes no momento da análise, consagrando o princípio da individualização da pena no plano abstrato. Caso a pena mínima cominada seja igual a quatro anos, não há o que se falar em possibilidade de acordo.

Já em relação aos pressupostos ou requisitos negativos, previstos no §2º, entendido como aqueles que devem obrigatoriamente estar ausentes, pois caso contrário, torna-se impossível a realização do acordo, destaca-se: a) não cabimento de transação penal, uma vez que esse instituto, como já tratado anteriormente, se mostra mais benéfico ao investigado, tanto pelos requisitos necessários serem menos complexos e também pelas condições a serem cumpridas pelo investigado serem mais simples; b) não ser reincidente ou criminoso habitual, de modo que se verificada tais condições em regra não cabe o acordo, contudo, mesmo reincidente ou criminoso habitual é possível promover o benefício desde que os crimes cometidos anteriormente sejam ínfimos, e aqui atrela-se ao princípio da insignificância (bagatela) que deve ser observado a sua aplicabilidade no crime anterior; c) ausência de benefício processual penal anterior, onde semelhante ao que se exige na transação penal, se nos últimos cinco anos o agente for beneficiado com algum privilégio penal como ANPP, transação penal ou o “*sursi*” processual, não será possível a realização de novo acordo; d) não se tratar de crime cometido com violência doméstica ou praticado contra a mulher, ou seja, caso o crime seja praticado contra pessoa do sexo feminino, não caberá acordo.

No tocante as condições a serem cumpridas pelo investigado, estas são cumulativas e consagram a resposta punitiva alternativa que embasa esse acordo, previstas nos incisos I a V do artigo 28-A.

A primeira se trata da reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo. Ou seja, se possível, preconiza-se pela restituição do bem ou a reparação do dano à vítima, de modo a evitar eventual demanda futura na esfera cível.

A segunda condição impõe ao investigado o dever de renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumento produto ou proveito do crime. Essa condição surge para evitar eventuais medidas cautelares que poderiam causar maiores morosidades e complexidades no curso do processo.

Como terceira condição, exige a lei que o agente preste serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços. Definida tal condição ao investigado, essa será posteriormente remetida ao juiz da execução, que será responsável por determinar onde o investigado irá realizar esses serviços.

Outra condição exigida é o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social. Trata-se de uma remuneração em dinheiro na qual o investigado deverá pagar que será definida pelo juiz da execução

Por fim, em seu inciso V, a lei estabelece uma espécie de “cláusula geral”, onde o poderá o Ministério Público propor qualquer outra condição que julgue adequada e proporcional para ser cumprida no acordo, que posteriormente, passará pelo crivo do magistrado. Isso porque o Acordo de Não Persecução Penal gera uma resposta punitiva alternativa pré-processual do Estado perante o indivíduo, sendo assim, a formulação do acordo deve estar pautado em princípios constitucionais como a individualização da pena e o devido processual legal, haja vista que as condições postas nesse acordo devem atender as balizas constitucionais atinentes entre a vedação ao excesso e a vedação a infra proteção, e o controle no que tange a observância desses princípios e a legalidade deste é de responsabilidade do juiz, onde depois de formulado, deverá analisar o acordo e proceder ou não com sua homologação.

Quanto às formalidades, o acordo deve ser feito por escrito, constando nele todas as condições e deve ser realizado mediante a presença do investigado, seu respectivo advogado e o Ministério Público. Formulado o acordo, ocorrerá a audiência para a homologação ou não do mesmo onde o juiz irá analisar se se encontram preenchidos todos os requisitos exigidos, assim como as condições impostas.

Homologado o acordo, ele é remetido ao Juízo de Execução Criminal, no qual deverá dar cumprimento as medidas impostas no acordo e fiscalizar o seu

devido cumprimento. Descumprido o acordo, por não constituir coisa julgada material a decisão do juiz, mas sim uma cláusula “*Rebus Sic Stantibus*”, onde o seu descumprimento apenas altera as condições fáticas retornando a situação anterior, deve então ser comunicado ao juiz da rescisão do acordo para que posteriormente permita que o Ministério Público ingresse com a denúncia. É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, transparecido pelo teor da Súmula Vinculante Nº 35 também aplicada em sede de transação penal.

Em contrapartida, em um cenário onde há a recusa do magistrado à homologação do acordo seja por verificar alguma irregularidade ou ilegalidade na formulação do mesmo, os autos são remetidos de volta ao Ministério Público, que poderá reformular o acordo ou, se incabível tal possibilidade, oferecer a denúncia.

O cumprimento correto e efetivo do acordo gera a extinção de punibilidade do investigado, além de não deixar registro de maus antecedentes e nem aptidão para caracterizar reincidência.

Por fim, no que diz respeito a recorribilidade no acordo, é possível recorrer por meio de Recurso Administrativo contra o órgão superior do Ministério Público caso não haja propositura do acordo ao investigado, nas mesmas diretrizes do art. 28, §1º do Código de Processo Penal. Outra hipótese de recurso é sobre a decisão que não homologou o acordo na qual é passível de Recurso em Sentido Estrito, nos termos do art. 581, inciso XXV do mesmo código.

4.4. Acordo de Não Persecução Penal x *Plea Bargaining* Norte-Americano

O ordenamento jurídico de um país ao ser desenvolvido, sempre conterà resquícios ou inspirações oriundas das leis e normas de outros Estados, é o que se denomina de Direito Comparado. Mas, não somente no tocante a sua criação, mas principalmente a evolução do direito passa pela influência da normativa estrangeira dentro do direito interno de cada país.

Sobre o prisma da justiça consensual aqui explorada, o exemplo estrangeiro mais latente acerca do tema diz respeito ao *Plea Bargaining* (que em uma tradução literal significa um “acordo de barganha”), instrumento típico de justiça criminal negociada utilizado nos Estados Unidos. Sobre este, TOR (2010, p.97) o define como um “agreements between prosecutors and defendants whereby the

latter plead “guilty” to an offense in return for a reduction in criminal charges or sentence recommendations”¹

Por meio desta simples conceituação é possível visualizar semelhanças entre o *Plea Bargaining* e o Acordo de Não Persecução, principalmente no que diz respeito ao fato em que ambos consistem em um acordo bilateral entre a acusação e a defesa preceituados pela confissão, fato esse inclusive que justifica a alegação da doutrina de que o ANPP tenha sido inspirado no modelo estadunidense. No entanto, existem importantes diferenças entre os dois institutos que devem ser exploradas.

Uma primeira diferenciação diz á aspectos exteriores dos intuitos, vinculados a própria sistematização jurídica de ambos os Estados. O Brasil, uma vez sendo adepto do sistema do *civil law*, ou seja, sistema que organiza a ordem jurídica de um Estado através de leis e códigos previamente estabelecidas e positivados, possui uma legislação própria que dita os ditames de cada área da ciência jurídica, como por exemplo, o próprio Código de Processo Penal que é a lei-geral que disciplina o procedimento na esfera criminal e por conta disto, é nela onde se encontra atualmente disciplinado o ANPP. Nos EUA por sua vez, vigora o sistema do *commom law*, pelo qual sua base jurídica é moldada prioritariamente a partir da própria jurisprudência (*leading cases*) e dos costumes, e aliado a isso, vale ser ressaltado sua própria estrutura de governo, tratada por Gregório Assagra de Almeida:

[...] no federalismo (*federalism*) dos Estados Unidos existem duas dimensões de governo, a federal (*federal*) e a estadual (*state*), caracterizadas pela divisão de poderes dentro de espaços territoriais, com autonomia entre os Estados e soberania garantidas à federação. Além do governo federal (*federal government*), há 50 Estados (*States*), sendo a todos assegurado um sentido de independência e de poder muito grande. Portanto, cada governo nos Estados Unidos, o federal e os estaduais, possui o seu próprio sistema jurídico (ALMEIDA, 2016, p.7)

Como decorrência disto, o *Plea Bargaining* encontra-se previsto e disciplinado na *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11* (Regra Federal de

¹ Acordo entre promotores e réus pelos quais estes últimos se declaram “culpados” de um crime em troca de uma redução nas acusações criminais ou recomendações de sentença.

Processo Penal, Regra 11), ou seja, sua previsão se dá a nível federal e sua aplicação se estende a todos os estados americanos.

Partindo para a análise dos institutos em si, é possível perceber que o *plea bargaining* é um mecanismo negocial mais complexo e robusto com um peso muito mais significativo dentro da persecução criminal americana do que na brasileira. Inicialmente, o *plea bargaining*, diferente do acordo de não persecução penal que é pré-processual, se desenvolve após a acusação, ou seja, dentro do próprio processo, mais precisamente em momento anterior ao julgamento definitivo do réu. Com base nesta constatação, uma conclusão marcante entre os dois institutos pode ser extraída: **O acordo de não persecução penal se demonstra como um instituto despenalizador uma vez que têm o nítido condão de evitar o desencadear da ação penal, ação penal essa que é instrumento imprescindível para que, observado as diretrizes do devido processo legal, se tornar apta a imprimir uma sanção penal ao indivíduo**, a luz do que esclarece Suxberger:

[...] A presença da pena tem por pressuposto a manifestação do jus puniendi estatal e este só se concretiza por meio da jurisdicionalidade, isto é, por meio da manifestação jurisdicional a ser construída após provocação da parte que se vale do lúdimo exercício do direito de ação judiciária. No entanto, ainda que as medidas descritas no acordo de não persecução penal guardem similitude ou identidade com espécies de penas restritivas de direitos, não se trata de sanção penal imposta como consequência do reconhecimento do crime (SUXBERGER, 2018, p.98)

Já o *plea bargaining* por sua vez, por se desenvolver no curso do processo, a sua concretização se materializa por meio de uma sentença proferida pelo magistrado que imprime uma sanção penal resultante da análise de todo o interregno processual, convergente ao que apresenta o mesmo autor:

Nisso o acordo de não persecução penal difere substancialmente do sistema de *plea* próprio do ordenamento jurídico norte-americano. Afinal, do acordo celebrado entre as partes não decorre um *sentencing*, isto é, o acordo não implica um provimento jurisdicional que impõe pena como manifestação concreta do poder de punir do Estado. (SUXBERGER, 2018, p.98)

A iniciativa para a formulação do acordo por parte do acusado pode partir da confissão espontânea da prática delituosa (*plea of guilty*) ou apenas da ausência de contestação a acusação sem assumir a culpa expressamente (*nolo*

contendere plea). Sobre essas duas condutas, o Procurador da República Gabriel Silveira de Queiros Campos explica:

Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado. A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. Por isso mesmo, na audiência, o juiz deve advertir o acusado sobre seus direitos à assistência por advogado, à produção de provas, a ir a julgamento e à não-autoincriminação, dentre outros. Também deve ser avaliada a voluntariedade da decisão, bem como a ausência de coerção sobre o acusado. Apenas caso a decisão do réu seja consciente e voluntária é que o juiz aceitará sua confissão de culpa. Por sua vez, o *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. A única distinção é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime (CAMPOS, 2020, p.4)

Frente a abertura do acusado para fins de negociação, o promotor (*prosecutor*) pode oferecer ao acusado em troca de sua confissão ou a não contestação a acusação, uma redução das acusações (seja pela desqualificação do crime ou pela quantidade de acusação) ou o compromisso de recomendar ao juiz a atenuação da sanção penal imposta.

Assim como os institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e a delação premiada, o *plea bargaining* é alvo de críticas e questionamento, assim sintetizados por Jamil Chaim Alves:

O *plea bargaining* é um instituto controvertido. Para os seus entusiastas, ele traz vantagens para todos os envolvidos, evitando a morosidade e a incerteza do processo penal. O órgão acusatório tem a certeza de que a infração não passará impune, ao mesmo tempo em que reduz a própria sobrecarga de trabalho; a defesa tem a faculdade de obter uma sanção reduzida e previamente conhecida, o que é vantajoso sobretudo nos casos em que vislumbra uma grande probabilidade de condenação; o Estado não tem de dispender os recursos inerentes ao julgamento tradicional, possibilitando uma prestação jurisdicional mais eficiente, o que beneficia a sociedade como um todo. Por outro lado, seus detratores consideram-no uma odiosa criação do direito moderno, podendo levar inocentes a confessarem crimes que não cometeram, não raro por pressão exercida pelo promotor de justiça. A justiça passaria a funcionar como um balcão de negócios (ALVEZ, 2018, p. 212)

Nota-se que a polêmica acerca da confissão é comum em ambos os institutos, o que ressalta a relevância de se compreender melhor os contornos desta problemática, o que será dirimido a seguir.

4.5. A Confissão Como Requisito Essencial

O artigo 28-A caput é expresso em condicionar a propositura do acordo á confissão “formal e circunstanciada” da prática da infração penal que encontra-se imputada. Isto significa que o indiciado para ter direito a benesse deve declarar de forma completa, detalhada e minuciosa a prática criminosa na presença do *parquet* público e de seu advogado, na qual será reduzida a termo.

A grande questão que envolve este feito é se a exigência da confissão de fato implica o não em renúncia ao direito fundamental ao silêncio e a não autoincriminação previsto no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal e conseqüentemente ferindo um direito fundamental do indiciado de modo a macular a constitucionalidade do acordo.

Primeiro, há de se destacar que o acordo de não persecução penal acima de tudo é um acordo, um negócio jurídico entabulado entre a acusação e a defesa pautado na autonomia da vontade dos indivíduos, logo, não está o indiciado compelido e obrigado a anuir com o acordo, sendo de sua livre e espontânea vontade a escolha de se sujeitar ao mesmo.

Sendo assim, a opção pelo acordo e a conseqüente confissão da conduta delituosa de fato mitiga a garantia constitucional do direito ao silêncio, contudo, está é feita de forma voluntária e autônoma pelo beneficiado que o faz visando prestigiar outro direito fundamental, qual seja o direito de liberdade, logo, não há o que se falar que tal exigência é inconstitucional.

É o que defende Renee do Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower:

[...] o investigado não é compelido a dizer a verdade ou de não permanecer em silêncio. A escolha pela intervenção ativa, isto é, de prestar declarações fidedignas sobre os fatos, desde que livre e consciente, não viola aquela garantia constitucional. O direito de escolher entre exercer seu direito ao silêncio ou confessar detalhadamente o crime, encontra amparo na doutrina que admite que os direitos fundamentais, embora inalienáveis, sejam

restringidos em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional, como ocorre em hipóteses de contratos privados envolvendo direitos da personalidade. Nesses casos, a restrição a direitos fundamentais é constitucional, desde que não seja permanente, nem geral, mas decorra de voluntariedade e represente proporcional aumento do direito à liberdade do investigado, condições que ficarão sob a fiscalização do Ministério Público, do defensor e do próprio acusado. (SOUZA, DOWER, 2018, p. 142)

Em outras palavras, o indivíduo ao abrir mão deste direito ele o faz com o objetivo de funcionar como uma contra partida a garantia de ter uma benesse em seu favor, e diante disso e analisando o nosso sistema processual penal de extrema garantia em prol do criminoso, esta ponderação entre direitos fundamentais uma vez voltada a tutela da manutenção de sua liberdade, é extremamente válida e oportuna.

Porém, importante ressaltar, que não há que se falar em renúncia à defesa técnica, aquela de monopólio da advocacia. Isso, pois essa é requisito de validade para a homologação do acordo, uma vez que no momento em que o acordo é proposto ao investigado o mesmo deve estar acompanhado de seu advogado para que ele o oriente, onde na sua ausência, poderá o juiz deixar de homologar o mesmo.

Um segundo debate importante que cerca o tema e que deve ser enfrentado é sobre a aptidão da confissão em induzir culpa do investigado e se a mesma pode vir a ser utilizada em uma ação penal futura, caso o acordo venha a ser descumprido por parte do beneficiado por exemplo.

Inicialmente, vale destacar que a visão da confissão como a “rainha das provas” foi superada com a vinda da redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, que estabelece o princípio do livre convencimento do magistrado. Nessa ideia, a visão de que a confissão possua um valor probatório pré-determinado consideravelmente superior as demais provas, pelo menos teoricamente, não merece mais prosperar, uma vez que trata-se de uma prova de valor relativo que necessita de uma confirmação em juízo e de outros elementos que atestem a narrativa do confidente.

Com base nisto, é perceptível que a confissão como requisito do ANPP não se presta a outro fim que não seja servir exclusivamente como requisito objetivo para a formulação do mesmo, isto porque está é realizada em um contexto em que não se há ainda uma ação penal, logo, não há um processo instaurado e presidido

por um juiz natural, caracterizando a declaração do investigado como mera confissão extrajudicial.

Dessa forma, uma vez feita a confissão em um contexto onde não há uma acusação formalmente posta, um juízo natural que aprecie esta juntamente com outros elementos probatórios produzidos (a luz do que orienta o art. 197 do Código de Processo Penal), e tão pouco o contraditório instaurado, não há de se pensar na utilização desta confissão como elemento probatório em um posterior processo criminal. É o que explica Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro e Fábio Prudente Netto

Portanto, impossível dissociar a confissão da lógica epistêmica do processo — que tem como objetivo a comprovação da hipótese acusatória dentro de um sistema legal de provas e sob o crivo do contraditório —, o que significa que a confissão realizada sem o exercício da ação penal (calcada sempre numa hipótese acusatória) não se presta para os fins do processo, mas tão somente como pressuposto para a celebração do acordo (CASTRO; NETTO, 2020, n.p.).

Todavia, não há de se desconsiderar também o fato de que é possível que o investigado, temendo uma acusação futura, confesse a prática de um crime no qual não cometeu para garantir o direito ao acordo e se esquivar de uma ação penal contra sí, o que rechaça mais ainda esta confissão e torna mais inadmissível a sua reutilização em âmbito processual como elemento objetivo do acordo.

5 CONCLUSÃO

Dado o exposto, conclui-se que a aplicação da técnica de consenso como medida alternativa para o recolhimento prisional e a restrição prolongada da liberdade do criminoso indiscutivelmente é bem vista e aceita pelo ordenamento jurídico, principalmente quando se analisa de forma objetiva a atuação prática da justiça criminal e se pontua a suas mazelas como o excesso de morosidade e superlotação carcerária.

Contudo, é claro notar que o caráter repressivo do direito penal e processual brasileiro direcionado ao encarceramento do indivíduo ainda é a regra, haja vista que a maioria dos institutos pautados na auto composição entre a acusação e a defesa existem somente para as condutas delituosas menores, que atingem bens jurídicos de menor relevância ou em menor intensidade, como aqueles que se sujeitam ao regramento dos Juizados Especiais Criminais, ainda que, com a inserção do Pacote Anticrime tenha se demonstrado que o sistema penal brasileiro está disposto a dar um “passo a mais” quando o assunto é a abertura dos espaços de negociação do direito penal, inclusive se inspirando no direito estrangeiro para tanto.

Destarte, fica claro, portanto, que o fato do processo penal não se permitir a adotar a justiça negocial nos crimes de “grande monta” se dá não somente pela própria estrutura e fundamentos principiológicos que orientam a aplicação do direito penal e a busca da concretização do *ius puniend* do estado, mas também pela necessidade de demonstrar a sociedade a existência da punição em si e assim efetivar a paz e a ordem social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O sistema jurídico nos estados unidos-common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro?**. Revista de Processo do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/do.251.19. PDF. Acesso em 05 out. 2021.

ALVES, Jamil Chaim. **Justiça Consensual e Plea Bargaining**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12ª Ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição e aplicação dos princípios jurídicos** – 4ªed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

AVISHALOM, Tor. **Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers**, 7 J. Empirical Legal Stud. 97 (2010). Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/835. Acesso em 04 de OUT de 2021.

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

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal** – 2. Ed. Ver, atual e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. – Brasília: CNJ, 2021, anual. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 28 Ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema prisional em números.** ano referência 2019.. Disponível em:
<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 05 de set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.099/95 de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília DF, 1995.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. ***Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo.*** Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. Disponível em:
http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. **Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal** - São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2021.

CASTRO, Carolina Soares Castelliano; NETTO, Fábio Prudente. **Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. 2020, Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 21 set. 2021.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles** / Nefi Cordeiro. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu. SOUZA, Renee do Ó, CABRAL, LEITE, Rodrigo Ferreira. **Acordo de Não Persecução Penal** – Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Pacote Anticrime – Lei 13964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP** – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Juizados especiais criminais**. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica** – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais: Lei 9099/95: Abordagem Crítica**. 3. Ed. Ver. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do Processo Penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2. Ed. Atual. E ampl. Com aproximadamente 200 novos acórdãos – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais** – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo. **Lei anticrime comentada – artigo por artigo** /– 2. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2021.

LEBRE, Marcelo. **Pacote Anticrime: anotações sobre os impactos penais e processuais**. Curitiba: Editora Aprovare, 2020.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime Comentado: A Lei Nº 13.964/19 – Antigo por Artigo**. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal. 17. ed.** – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MARTINEZ, Ana Maria. MENDES, Soraia da Rosa.. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

MENEZES, Daniel Feitosa de. **Resolução Consensual de Conflitos Criminais com Aportes da Justiça Restaurativa**. Editora Dialética Ltda.2020.

MONTEIRO, Pedro. **Justiça Penal Negociada: o “novo” acordo de não persecução penal**. 2020 Consultor Jurídico. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 20 set. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada**. [Et al.]. [Organização Equipe Forense]. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
Saraiva. Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, p. 676-686, 2005.

SOBRANE, Sérgio turra. **A transação penal no direito brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontífica Universidade Católica, 1999, p.165.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. **Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches;

BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional.** In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; FILHO Demerval Farias Gomes. **Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal Negocial.** Revista de Direito Internacional, supl. Direito Internacional Econômico;

TOLEDO PRUDENTE CENTRO UNIVERSITÁRIO. **Normalização para apresentação de monografias/tc e artigos científicos da Toledo de Presidente Prudente.** - Presidente Prudente, 2021.