

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A VIABILIDADE DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL

IVANTUIL DE ANDRADE FRANCHINI

Rio de Janeiro
2020 / 1º Semestre PLE

IVANTUIL DE ANDRADE FRANCHINI

A VIABILIDADE DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Rio de Janeiro
2020 / 1º Semestre PLE

CIP - Catalogação na Publicação

FF816v Franchini, Ivantuil de Andrade
A viabilidade da Justiça Penal Negociada no
Direito Processual Penal / Ivantuil de Andrade
Franchini. -- Rio de Janeiro, 2020.
68 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Processo Penal Processual. 2. Espaços de
Consenso. 3. Justiça Negocial. 4. Plea Bargaining.
I. Hora, Nilo César Martins Pompílio da, orient. II.
Título.

IVANTUIL DE ANDRADE FRANCHINI

A VIABILIDADE DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Data da Aprovação: ___/ ___/ ___.

Banca Examinadora:

Nilo César Martins Pompílio da Hora
Orientador

Francisco Ramalho Ortigão Farias
Membro da Banca

Cesar Augusto Rodrigues Costa
Membro da Banca

Rio de Janeiro
2020 / 1º Semestre PLE

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Ao meu pai (*in memoriam*), minha mãe e meus irmãos pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

À minha esposa Sabrina Ribeiro pela compreensão, paciência e, acima de tudo, dedicação à nossa filha Milena Tavares, possibilitando que eu pudesse usar boa parte de meu escasso tempo livre ao estudo.

Aos amigos Cátia Araújo, Clarissa Mendes, Daniele Inês, Diogo Costa, Elaine Vieira, Leonardo Vieira, Lucas Vale, Miguel Pedro e Vinicius Rezende, colegas de faculdade e verdadeiros irmãos na superação de todas as dificuldades que fizeram parte da minha formação e que vão continuar sempre presentes em minha vida.

Ao Prof. Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora pela oportunidade e apoio na elaboração deste trabalho.

Ao Prof. Ms. Rodrigo Machado Gonçalves pela dedicação aos alunos e sensibilidade com que conduziu suas disciplinas.

À Faculdade Nacional de Direito e a todos os professores do meu curso pela elevada qualidade do ensino oferecido.

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar a possibilidade da adoção de mecanismos de barganha como o Instituto *Plea Bargaining* na legislação penal brasileira, tendo por premissa que a Constituição Federal de 1988 consagrou um sistema processual penal democrático, acusatório e baseado nos Direitos e Garantias Fundamentais. Os efeitos da possibilidade de criação de novos espaços de consenso como a barganha é um tema de grande relevância na seara acadêmica, doutrinária e jurisprudencial penal, uma vez que o Brasil tem enfrentado uma crise da jurisdição em seu sistema jurídico. Isto decorre do excesso de ações em trânsito, da morosidade e do distanciamento do Poder Judiciário, levando a um descrédito da população brasileira na Justiça.

Palavras-chaves: processo penal; espaços de consenso; justiça negocial; *plea bargaining*.

ABSTRACT

This research aims to analyze the possibility of adopting bargaining mechanisms such as the Plea Bargaining Institution in Brazilian criminal law, with the premise that the 1988 Federal Constitution enshrined a democratic, accusatory and procedural penal system based on Fundamental Rights and Guarantees. The effects of the possibility of creating new consensual opportunities such as bargaining is a topic of great relevance in the academic, doctrinal, and criminal jurisprudential areas since Brazil has faced a crisis of jurisdiction in its legal system. This is due to the excess of lawsuits in transit, the slowness, and the distance from the Judiciary, leading to a discredit of the Brazilian population in the courts.

Keywords: criminal procedure; consensual opportunities; business justice; plea bargaining.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL
ANPP – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL
CFRB – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA BRASILEIRA
CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CP – CÓDIGO PENAL
CPP – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
FONAJE – FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS
HC – HABEAS CORPUS
MP – MINISTÉRIO PÚBLICO
OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
PL – PROJETO DE LEI
PLS – PROJETO DE LEI DO SENADO
RE – RECURSO ESPECIAL
STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A JUSTIÇA PENAL E OS ESPAÇOS DE CONSENSO.....	16
2.1	Justiça Penal Negocial	16
2.2	Garantismo Penal.....	19
2.3	O Garantismo e a Constituição do Brasil	21
2.4	Espaços de Consenso.....	23
3	OS ESPAÇOS DE CONSENSO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	27
3.1	Composição civil	27
3.2	Transação penal	29
3.3	Suspensão condicional do processo.....	34
3.4	Colaboração premiada	38
3.5	Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).....	48
4	PROJETOS PARA A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	53
4.1	O Instituto <i>Plea Bargaining</i>	53
4.2	Novo Código de Processo Penal.....	59
4.3	Novo Código Penal.....	60
5	CONCLUSÕES.....	63
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1 INTRODUÇÃO

Entre outras definições, o Direito, segundo Miguel Reale (2002, p. 2), “é um fato ou fenômeno social, não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”. O Direito integraliza-se por um conjunto de normas fundamentadas na finalidade de regulação da vida em agrupamentos sociais, os quais nomeamos por sociedade.

Qualquer sociedade não permanece a mesma por muito tempo. Um dos fatores que mais contribuem para as mudanças nas sociedades é o avanço tecnológico. Estes fatores trazem consequências em níveis globais. Apesar das crises econômicas, nos países ricos, onde o desenvolvimento econômico se demonstra muito forte e de uma maneira irreversível, evidenciam-se um avanço contínuo tecnológico e social. Em contrapartida, nos países de Terceiro Mundo, que apresentam uma condição contrária, ficam evidenciadas as dificuldades para descobrir o caminho para o seu avanço social.

Trazendo os impactos das mudanças ocorridas na sociedade em decorrência do avanço tecnológico para o direito processual, Lopes Jr. (2019, p. 46) afirma:

Mas a velocidade da notícia e a própria dinâmica de uma sociedade espantosamente acelerada são completamente diferentes da velocidade do processo, ou seja, existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E o direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz.

Como consequência, quando do surgimento de um conflito, o atendimento a todas as etapas previstas para a solução judicial do litígio pode levar a processos longos e extenuantes, de modo que o processo judicial, quando concluído, poderá não ter a eficácia necessária.

Conhecedores dos óbices enfrentados na vida cotidiana, os legisladores da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 propuseram uma ferramenta célere e eficaz na resolução de conflitos, sem a interferência direta do judiciário, restabelecendo o diálogo e quebrando o paradigma de uma justiça improdutiva e inacessível.

Assim, a Constituição Federal da República Brasileira (CFRB), no art. 98, inc. I, adotou uma postura voltada para permitir o uso da mediação e da conciliação e, conseqüentemente,

tentou viabilizar a solução de litígios de forma definitiva e mais rápida, para determinadas situações especificadas, as quais são apresentadas a seguir:

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;
 [...]

A decisão das partes de exercer ou não os seus direitos por meio do acesso ao Poder Judiciário são configurados pela disponibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela ou a certas situações processuais.

Esse poder de dispor das partes é quase que absoluto no processo civil, mercê da natureza do direito material que se visa fazer atuar. As limitações a esse poder ocorrem quando o próprio direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado.

Nesta direção, o Código de Processo Civil¹ estabelece:

[...]
 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
 § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
 § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
 § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. [...]

O inverso acontece no processo penal, em que prevalece o princípio da indisponibilidade (ou da obrigatoriedade) da ação penal. O crime é sempre considerado uma lesão irreparável ao interesse público e a pena é realmente reclamada, para a restauração da ordem jurídica violada.

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais², ao regulamentar a previsão constante no art. 98, inc. I, da CFRB/88, inseriu mecanismos de consenso no âmbito do processo penal brasileiro:

¹ Lei n. 13.105/2015, de 15 de março de 2015.

² Lei 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995.

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Entretanto, expandir esta visão para os processos penais decorrentes de infrações penais que não são de menor potencial ofensivo, ou seja, todas as contravenções e os crimes cujo pena máxima não ultrapasse dois anos, é questionável, pois não há previsão constitucional expressa para tal decisão. Assim, uma vez que o Brasil optou por um regime democrático, a premissa básica é que tenhamos um modelo de respeito às normas, firmado pela obediência às leis, pois não há democracia sem respeito ao Estado de Direito; não existe Estado de Direito sem respeito à ampla defesa e ao devido processo legal, especialmente no tocante à aplicação de pena privativa de liberdade.

Também temos de levar em conta os casos concretos que conduzem, com uma frequência considerável, à prisão de pessoas inocentes. A ausência de dados oficiais sobre as prisões provocadas por erros dos agentes públicos é um indício da invisibilidade dessas “vítimas” do sistema penal. Tanto o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça, quanto o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), não possuem estudos a respeito de pessoas presas injustamente. Pesquisas independentes³ mostram a gravidade das prisões injustas no Brasil. Em 2013, só no Rio de Janeiro, 7.734 pessoas foram presas e mantidas nas prisões. Destas pessoas, 4.211 (54,4%) estiveram presas indevidamente, pois, quando julgadas: 772 (10,0%) foram absolvidas; 294 (3,8%) tiveram o processo arquivado; 814 (10,5%) fizeram acordos com a justiça; 1.273 (16,4%) tiveram penas alternativas/regime aberto; e 1.058 (13,7%) tiveram a prisão em regime semiaberto.

Além disso, o sistema carcerário brasileiro é reconhecido por conviver com frequentes casos de violação dos direitos humanos. No início de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que faz parte da Organização dos Estados Americanos, tomou uma decisão inédita e juntou quatro casos de violações nos presídios brasileiros em um único “supercaso”. Os casos, que já eram alvo de análise do colegiado, dizem respeito aos complexos penitenciários do

³ Levantamento realizado pelo Instituto Sou da Paz, em parceria com o Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC), da Universidade Cândido Mendes. Disponível em <http://www.danospermanentes.org/>. Consulta realizada em 30/04/2019.

Curado, em Pernambuco; e Pedrinhas, no Maranhão; ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro; e à Unidade de Internação Socioeducativa no Espírito Santo.

As dificuldades enfrentadas pelo sistema penitenciário brasileiro são do conhecimento das autoridades e os principais problemas existentes - a superlotação, a violência e estabelecimentos em estado degradante - são resultados da adoção de um sistema punitivo repressivo pelo Estado, que vislumbra o encarceramento em massa como a única resposta aos atos delituosos praticados pelos seus cidadãos.

Conseqüentemente, a população carcerária segue em ritmo de crescimento. De acordo com informações divulgadas pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁴, o Brasil possuía, em dezembro de 2019, 755.274 presos, conforme cópia do relatório disponibilizado no INFOPEN a seguir reproduzida.



Com este número de presos, o Brasil possui a terceira maior população privada de liberdade no mundo, estando atrás, quando da publicação do estudo, apenas dos Estados Unidos e da China, respectivamente com aproximadamente 2,1 milhões e 1,7 milhão, de acordo com o

⁴ Fonte: Depen atualização de dados sobre a população carcerária do Brasil. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/depend-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>. Acesso em: 05/07/2020.

*World Prison Brief*⁵, levantamento mundial sobre dados prisionais realizado pela ICPR (*Institute for Crime & Justice Research*) e pela *Birkbeck University of London*.

Home About World Prison Brief World Prison Brief data What's New International Prison Publications International Work Contact Us

WPB
World Prison Brief

ICPR
Institute for Crime & Justice Policy Research

Birkbeck
UNIVERSITY OF LONDON

Highest to Lowest - Prison Population Total

Please use drop down menu 1 to choose the category of data you wish to view, and press 'Select' to load category page. Once the page has reloaded please choose the continent/region from drop down menu 2 and then press 'Apply'.

1. Select a category of data and press 'Go' (the page will reload)
H
Prison Population Total Go

2. Select a continent/region and click 'Apply'
Entire world Apply

Show 10 entries Search:

Ranking	Title	Prison Population Total
	United States of America	2121600
	China	1710000
	Brazil	755274
	Russian Federation	501476
	India	466084
	Thailand	376499
	Turkey	286000
	Iran	240000
	Indonesia	230755
	Philippines	215000

Showing 1 to 10 of 223 entries Previous12345...23Next
Back to top ↑

Inicialmente, estudaremos “A viabilidade da justiça penal negociada no direito processual penal”, analisando, de forma detalhada, as legislações a seguir relacionadas:

- a) Lei nº 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais;
- b) Lei nº 12.850/2013 - Lei das Organizações Criminosas; e
- c) Lei nº. 13.964/2019.

⁵ Fonte: Highest to Lowest - Prison Population Total. Disponível em: www.prisonstudies.org. Acesso em: 05/07/2020.

Em seguida, partiremos para uma análise crítica da “Negociação Penal”, dedicando especial atenção às possibilidades de Projetos de Lei em andamento e que podem vir a trazer novos espaços de consenso tendo por base o instituto *plea bargaining*, cuja utilização no ordenamento jurídico brasileiro vem sendo defendida por alguns autores, políticos e parte da mídia.

É fato que o mundo globalizado transformou as relações humanas, inclusive as jurídicas. Segundo Cardoso e Souza Jr.(2017, pp. 57-74), costuma-se dizer que o direito estrangeiro serve, numa primeira análise, como fonte do direito nacional. Entretanto, a internalização de um instituto estrangeiro ao ordenamento jurídico pátrio requer dados empíricos consistentes, estudos, tempo e um amplo debate.

Por outro lado, o texto constitucional não deixa margem discricionária, prevendo a conciliação apenas para infrações penais de menor potencial ofensivo. Por este motivo, será analisado o arcabouço legal citado para adotar o *Plea Bargaining* de forma independente do potencial ofensivo do crime, identificando se este instituto apresenta conformidade com as perspectivas sistêmicas do texto constitucional brasileiro e se ele precisaria de alguma adaptação para poder ser utilizado no direito brasileiro.

2 A JUSTIÇA PENAL E OS ESPAÇOS DE CONSENSO

2.1 Justiça Penal Negocial

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 49):

As ideias de igualdade e liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao direito penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção Estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Como se depreende, no Estado democrático de direito, a aplicação das leis punitivas estatais deve ser extremamente comprometida com os ideais democráticos expostos na Constituição Federal e pressupõe a existência de um processo justo, paritário e cercado de garantias em que a produção probatória e o debate entre as pessoas conduzem ao reconhecimento e à delimitação da culpabilidade, legitimando o exercício do poder punitivo. Acusador e acusado colocam-se em posições antagônicas, apresentando suas provas e argumentos a um terceiro imparcial, que decide com base nos dispositivos legais e no livre convencimento. Este é o poder-dever do Estado de unir os infratores do direito penal com normas de natureza pública.

O modelo clássico de justiça penal é eminentemente retributivo e compreende o delito como um conflito formal, simbólico, bilateral entre infrator e Estado – interpretado como o representante da sociedade. A justiça conflitiva estabelece uma relação processual na qual são sujeitos principais o indivíduo transgressor de uma norma penal e o Estado. A vítima, por sua vez é sujeito secundário no processo (MOLINA; GOMES, 2013, p. 409). A sanção aplicada não possui finalidade de ressocialização ou reabilitação do infrator, espera-se tão somente que o infrator cumpra a pena imposta e, em caráter subsidiário, ressarça a vítima os danos causados pelo delito.

O entendimento da justiça consensual nos leva à existência de um acordo, baseado em um diálogo sem preconceitos, isento de dominação, e que apenas conta com argumentos

racionalmente fundamentados. Ou seja, um tipo de acordo produzido por consentimento entre as partes envolvidas em uma demanda penal – incluindo-se aqui o Estado.

Em uma interpretação jurídica, a justiça consensual representa uma medida alternativa de solução de conflitos, se trata de promover o consenso em detrimento de práticas adversariais, possibilitando a abreviação do processo judicial. Na lição de João Francisco de Assis (2006, pp. 15-16) temos:

[...] a justiça consensual consiste na resolução dos litígios penais mediante a autonomia da vontade manifestada pelo autor da infração e do titular do direito de ação que, nos termos da lei, resolvem transigir, sob vigilância judiciária, com relação aos direitos que detém na relação jurídica decorrente da prática de um ilícito penal de menor ou de médio potencial ofensivo. Tem a justiça penal consensual por objetivo eliminar as penas curtas de prisão, substituindo-as por medidas alternativas, despenalizadoras, e buscar a reconciliação das partes, com a reparação dos danos acarretados à vítima, se possível.

Vinicius Gomes de Vasconcellos (2020, pp. 50-55) utiliza, como sinônimos, os termos: justiça negocial, consensual, negociada, pactuada, transacionada, barganhada, acordada, com o objetivo de descrever o modelo de justiça criminal que se permeia por acordos entre acusador e imputado, objetivando acelerar a obtenção de uma condenação. Assim, ele apresenta uma definição de Justiça Penal Negocial bem atualizada:

Modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

Baseado no exposto, a alternativa ao processo judicial tradicional é a síntese da Justiça Penal Negociada, pois às partes são concedidas opções e, a partir da sua vontade própria, elas escolhem qual caminho seguir.

Caso escolhida a via negocial, esta será pautada primordialmente pelo respeito aos princípios da autonomia privada, lealdade, eficiência, consenso, boa-fé e paridade de armas, tudo isto sob uma leitura constitucional da negociação.

Em posição contrária, Aury Lopes Jr. (2019, p. 211) entende que:

A justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, para com isso chegarmos ao “melhor” resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obster-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica.

Assim, trata-se a justiça negociada de uma modalidade de degeneração do processo, ou até de alternativa a ele, com a adoção de diversos instrumentos e atribuição de imensuráveis poderes ao Ministério Público.

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu, de maneira taxativa, o sistema processual penal que deveria ser adotado no Brasil, mas adotou um sistema de garantias, que prevê como titular da ação penal pública o Ministério Público, conforme o art. 129, inc. I. Como consequência dessa disposição, os Tribunais definiram como acusatório o nosso sistema.

Por seu lado, Aury Lopes Jr. (2018, p. 49) entende que:

A Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório, pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumindo o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória.

Evidentemente, a justiça negocial não faz parte do modelo acusatório, uma vez que viola pelo menos seis princípios que sustentam o processo penal garantista:

- a) Jurisdicionalidade: *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, representa o direito ao processo penal, à figura e ao estatuto do juiz, a exclusividade do poder jurisdicional, o direito ao juiz natural e submissão à lei *praevia, scripta, stricta* e certa;
- b) Inderrogabilidade do juízo: denota a infungibilidade e a indeclinabilidade da jurisdição;
- c) Separação das atividades de acusar e julgar: *nullum iudicium sine accusatione*;

- d) Presunção de inocência: de caráter absoluto, se projeta na garantia de presunção de não-culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
- e) Contraditório: *nulla probatio sine defensione*, instituiu o método de contradição da prova em juízo; e
- f) Fundamentação das decisões judiciais: representa a garantia de controle da racionalidade da decisão, de suas motivações e fundamentos.⁶

Portanto, mecanismos como a composição civil, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal são exemplos da ampliação dos espaços de consenso, e, conseqüente da justiça criminal negocial. Tais institutos se caracterizam, de forma genérica, por facilitarem a concretização do poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso. Trata-se de instrumentos facilitadores da persecução penal por meio do incentivo a não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena).

2.2 Garantismo Penal

Cumpra observar, preliminarmente, as lições de Norberto Bobbio (1982, p.49):

As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores de normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento.

Assim, em um sistema em que há rigidez constitucional, a Constituição, de acordo com a visão piramidal proposta por Kelsen, é a “mãe” de todas as normas. Conseqüentemente, todas as demais normas nela vão buscar sua fonte de validade, não podendo, portanto, contrariá-la, sob pena de serem excluídas de nosso ordenamento jurídico, em decorrência do vício de inconstitucionalidade.

⁶ LOPES JR., Aury. Justiça negocial: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. Disponível em: <<<http://www.aurylopesjr.com.br>>>. Acesso em: 01/03/2009.

A Constituição nos garante uma série de direitos, tidos como fundamentais, que não poderão ser atacados pelas normas que lhe são hierarquicamente inferiores, como, por exemplo, pela legislação penal e pela legislação processual penal.

Deste modo, a Carta Magna nos protege do Estado, garantindo-nos contra qualquer ameaça a nossos direitos fundamentais. É justamente sobre essa hierarquia de normas, existentes no chamado Estado Constitucional de Direito, que Luigi Ferrajoli vai buscar os fundamentos do seu modelo garantista. O autor desenvolveu a Teoria do Garantismo Penal que representa um marco na definição de um Direito Penal voltado à proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Norberto Bobbio (2002, p.8), no prefácio à 1ª edição italiana da obra “Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, afirma que Ferrajoli progressivamente expõe, ao longo do livro, a sua orientação na política penal: “direito penal mínimo contra direito penal máximo, o direito do mais fraco contra o direito do mais forte; e em última instância, certeza contra o arbítrio”.

Em sua obra, Luigi Ferrajoli (2002, pp. 684-685) define que o garantismo se constitui a partir de três significados, distintos, mas conexos, que são apresentados a seguir:

Garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao Direito penal, o modelo da estrita legalidade, próprio do estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Garantismo designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas.

Garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

O garantismo processual, especificamente, é um sistema metodológico dotado de técnicas preocupadas com a ética, a psicologia e a sociologia das pessoas envolvidas em situações institucionais críticas do cotidiano jurídico.

O modelo garantista penal proposto por Luigi Ferrajoli aborda uma leitura do direito penal e processual penal sob a ótica do Estado Democrático de Direito, maximizando garantias ao cidadão em contrapartida ao poder punitivo do Estado.

Em outras palavras, o modelo garantista propõe um direito penal e processual penal abalizados na máxima tutela das liberdades do cidadão contra o arbítrio do Estado.

Nesse sentido, o garantismo propõe um conjunto de dez garantias que se inter-relacionam, sobre a égide do princípio da legalidade estrita, de cujo preceito derivam todos os demais princípios. São eles (FERRAJOLI, 2002, p. 75):

- princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- princípio do ônus da prova ou da verificação; e
- princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Em entrevista dada a Fauzi Hassan Choukr, em 1997, Luigi Ferrajoli resumiu o conceito de garantismo da seguinte forma:

Garantismo é antes de tudo um modelo de Direito. Neste sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno. Dito isto, o grande problema que o garantismo enfrenta é também o de submeter à lei os poderes privados, além dos poderes estatais.⁷

2.3 O Garantismo e a Constituição do Brasil

⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal. Boletim do IBCCRIM n° 77, de abril de 1999. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3807-ATeoria-do-Garantismo-e-seus-Reflexos-no-Direito-e-no-Processo-Penal> . Acesso em 22 jul. 2018

O texto Constitucional brasileiro de 1988, já em seu primeiro artigo, estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

De modo a aprofundar os estudos e facilitar o entendimento do art. 1º, da “Constituição Cidadã”, José Afonso da Silva (2005, p. 122) define os princípios que compõem o Estado Democrático de Direito:

- a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;
- b) princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art.1º);
- c) sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII);
- d) princípio da justiça social, referido no art.170, caput, e no art.193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição não prometeu a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição Portuguesa, mas com certeza ela se abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica;
- e) princípio da igualdade (art.5º, caput, e I);
- f) princípio da divisão dos poderes (art.2º) e da independência do juiz (art.95);
- g) princípio da legalidade (art.5º, II); e
- h) princípio da segurança jurídica (art.5º, XXXVI a LXXIII).

Ao erigir princípios processuais à categoria formal de norma constitucional, acaba nossa lei maior por tornar clara a importância das garantias ao acusado. Além disso, o grande número de disposições constitucionais protetivas se faz também presente nas garantias processuais penais.

Por outro lado, a teoria do garantismo penal possui características que viabilizam legitimar o poder punitivo estatal, plenamente justificável no plano ético, político e jurídico, apresentando uma resposta à crise de legitimidade do poder de punir em conformidade com os princípios constitucionais de proteção dos direitos fundamentais e garantias penais.

Por esse motivo, Salo de Carvalho (2002, p. 19), aduz:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais.

Assim, o garantismo se vincula ao Estado Democrático de Direito, pois ambos têm o objetivo de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, de forma que o primeiro, ao estabelecer instrumentos jurídicos que garantam a pessoa contra qualquer tipo de violência arbitrária, funciona como limite ao direito penal nas sociedades democráticas.

Reforçando, Alfredo Copetti Neto (2016, p. 23) ensina que “atualmente, o termo garantismo representa, como a outra face do constitucionalismo contemporâneo, o fundamento da democracia constitucional e, assim, o modelo normativo jurídico que visa à efetivação dos direitos fundamentais”.

Entretanto, o Brasil ainda não possui cultura democrática enraizada, o que implica na resistência a um modelo de Direito Penal Garantista.

2.4 Espaços de Consenso

Nos noticiários divulgados pela mídia especializada, assim como na percepção da população em geral, é visível que o sistema penal brasileiro não funciona a contento e passa por uma série crise. Fatos como a superpopulação nos presídios e os inúmeros casos de corrupção que não levam a uma punição considerada justa pelo “homem médio”, fomentam a sensação de impunidade advinda da duração excessiva dos processos criminais. Aliado a isto, as limitações de recursos, materiais e humanos, enfrentadas pelos órgãos policiais, pelo

Ministério Públicos e pelo Judiciário, trazem à população a certeza de que o sistema penal é seletivo e que uma parcela de favorecidos não é investigada e punida.

Em sua obra, Fernando Andrade Fernandes (2001, pp. 96-103) relata que a crise penal se manifesta em dois pontos principais:

- 1) a inflação legislativa em matéria penal apresenta excessiva criminalização e, em consequência, causa uma hipertrofia de todo o sistema, levando ao enfraquecimento da eficácia intimidatória da sanção; e
- 2) o congestionamento processual e, conseqüentemente, a lentidão na tramitação dos processos, levando à diminuição de ação preventiva do sistema penal.

Na busca de soluções para a crise do sistema penal, considerando-se também o crescente aumento das taxas de criminalidade, assim como a sobrecarga de trabalho dos órgãos responsáveis pela repressão penal, vem à tona a discussão sobre a possibilidade do estabelecimento de um modelo consensual de justiça criminal.

A adoção das formas de consenso no sistema brasileiro suscitou inúmeras reflexões e críticas⁸ dentre os processualistas mais conservadores e defensores das garantias do processo. Na análise da possibilidade da ampliação dos espaços de consenso, os princípios constitucionais de garantia processual precisam ser ponderados em busca da melhor interpretação dos limites constitucionais no caso concreto.

Deve-se observar que a ampliação dos espaços de consenso não é recente. Na realidade, o legislador constituinte originário previu um procedimento especial para as infrações de menor potencial ofensivo, a ser regulamentado por lei ordinária, baseado principalmente na oralidade e na celeridade, de acordo com o artigo 98, inciso I, da CF/88⁹.

⁸ Ver LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficácia Antiguarantista*. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional*. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; ROSA, Alexandre Morais da. *Rumo à Praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor*. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁹ 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.

Assim, com base no dispositivo constitucional citado, foi regulamentada a Lei 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Esta lei introduziu, no ordenamento jurídico nacional, mecanismos de negociação no processo penal, como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, fazendo que a justiça penal consensual deixasse de ser um mero projeto e se tornasse uma realidade.

No dizer sempre expressivo de Aury Lopes Jr. (2018, p.753):

A Lei 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução de conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência.

Após a criação de instrumentos que permitem a adoção dos critérios de oportunidade e disponibilidade da ação penal, por meio da Lei dos Juizados Especiais¹⁰, em 2013 tivemos a aprovação e entrada em vigor da Lei das Organizações Criminosas¹¹, que trata da colaboração premiada.

Mais recentemente, o ano de 2019 se encerrou com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, a qual inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal e estabeleceu a criação legal e formal de mais um negócio jurídico processual na esfera penal, o acordo de não persecução penal.

Ao direcionarmos o olhar para o plano internacional, constatamos que o movimento de expansão da utilização de mecanismos consensuais na resolução de conflitos penais também recebe arrimo, uma vez que é possível encontrarmos na ordem jurídica internacional recomendações e orientações normativas no sentido da promoção do uso de soluções negociadas e abreviadas a fins de aprimoramento dos sistemas de justiça criminal.

Apesar de ainda enfrentar resistência, a ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro se consolida cada vez mais como uma certeza. Na opinião de Aury Lopes Jr. (2019, p. 211), a tendência generalizada a implantar no processo penal amplas “zonas de

¹⁰ Lei nº 9.099/1995.

¹¹ Lei nº 12.850/2013.

consenso” também está sustentada, em síntese, por três argumentos básicos: “a) estar conforme os princípios do modelo acusatório; b) resultar da adoção ‘de um processo penal de partes’; e proporcionar a celeridade na administração justiça”.

Em posição contrária à expansão dos espaços de consenso, Aury Lopes Jr. (2019, p. 86) defende que se deve maximizar a eficácia das garantias do devido processo penal:

- a) a jurisdicionalidade: especialmente no que tange ao juiz natural e à imparcialidade;
- b) princípio acusatório (ou dispositivo): fundando o sistema acusatório em conformidade com a Constituição;
- c) presunção de inocência: enquanto pré-ocupação de espaços mentais (do julgador) e, portanto, no viés de “dever de tratamento” e “regra de julgamento”;
- d) ampla defesa e contraditório: ainda que distintas, são duas garantias que mantêm íntima relação e interação, necessitando ser maximizadas no processo penal;
- e) motivação das decisões: especialmente no viés de legitimação do poder jurisdicional exercido e instrumento de controle contra o “decisionismo” e o “arbítrio”.

3 OS ESPAÇOS DE CONSENSO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A Lei 9.099/1995 instituiu os Juizados Especiais e introduziu instrumentos de consenso no campo criminal, prevendo alternativas ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. O dispositivo tem o propósito de desburocratizar e acelerar a atuação da justiça penal, no que tange à pequena e à média criminalidade, por meio da aplicação de medidas alternativas ao cárcere.

Nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, se aplicam os institutos da composição civil e a transação penal, e para os casos de média ofensividade, a possibilidade da suspensão condicional do processo.

Além destes, outros espaços de consenso previstos na legislação penal são o instituto da colaboração premiada e, mais recentemente, o acordo de não persecução penal. Faremos, a seguir, um estudo detalhado cada um destes institutos.

3.1 Composição civil

Define-se a composição civil dos danos como sendo a proposta feita pelo suposto autor do fato à vítima para reparar os prejuízos causados pela infração. Caso a vítima aceite a proposta e o juiz homologue o acordo, teremos configurado uma renúncia e conseqüentemente, a extinção da punibilidade¹² nos crimes de ação provada pública condicionada a representação e ação penal privada.

De acordo com Geraldo Prado (2006, p. 12):

A composição civil consagra especial à vítima e ao acordo civil entre esta e o suspeito da prática da infração penal de menor potencial ofensivo, conferindo efeito de extinção de punibilidade ao acordo “homologado pelo juiz mediante sentença irrecorrível”, desde que a infração seja de ação penal pública condicionada à representação ou da ação penal de iniciativa privada do ofendido.

¹² Trata-se da perda do direito de o Estado impor uma sanção penal.

A aplicação de pena não privativa de liberdade e a composição civil dos danos estão previstas no artigo 62, da Lei 9.099/1995:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

As conversas para a composição civil devem acontecer numa audiência preliminar, presentes o membro do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, acompanhados de seus advogados. O procedimento para sua realização é detalhado no artigo 72, da Lei 9.099/1995:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Assim, a composição civil dos danos consiste em um acordo firmado em fase pré-processual, entre o ofendido e o autor do fato. O juiz criminal, de acordo com o Art. 89, § 1º, da Lei 9.099/1995, tem competência extrapenal com o propósito de garantir a rápida reparação dos danos causados à vítima de uma infração de menor potencial ofensivo.

No caso de a infração estar sujeita à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada à representação, o acordo acarreta a extinção da punibilidade, assim que homologado pelo juízo, conforme previsão constante do artigo 74 da Lei 9.099/1995:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Deve-se observar que o Código Penal¹³ já preconizava que, nos crimes de ação penal privada, a realização de conciliação civil entre as partes pode resultar em renúncia ao direito de queixa ou em perdão do ofendido durante o curso do processo penal, levando à extinção da punibilidade, conforme artigos a seguir reproduzidos.

¹³ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa

Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

Perdão do ofendido

Art. 105 - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

Art. 106 - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:

I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;

II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;

III - se o querelado o recusa, não produz efeito.

§ 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

§ 2º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

O Instituto da Composição Civil tem o objetivo de realizar um diálogo entre as partes, ampliando a participação da vítima, criando condições para a reparação dos danos para a reconciliação.

O Art. 22 da Lei 9.099/1995 estabelece que a conciliação será conduzida pelo juiz togado ou por conciliador sob sua orientação (caput), será reduzida a escrito e será homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível. A composição civil terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.

§ 1º Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado mediante sentença com eficácia de título executivo.

§ 2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes.

Além disso, conforme inclusão decorrente da Lei nº 13.994, de 2020, a composição civil poderá ser realizada por meio de audiência virtual.

3.2 Transação penal

O conceito de Transação Penal é definido por João Francisco de Assis (2008, p. 80) como uma concessão recíproca entre o Ministério Público e o infrator. Tem por objetivo extinguir o conflito, mediante o cumprimento de uma pena. Nas palavras do autor, temos:

[...] 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 de fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada, que não seja, frisa-se, privativa de liberdade.

Caminhando nessa mesma direção, Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p. 117), ao tratar do conceito do instituto da Transação Penal, leciona que:

A transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.

A transação penal está prevista no artigo 76, da Lei 9.099/1995, in verbis:

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.

Apesar da redação do mencionado dispositivo legal ter omitido o termo “transação penal”, deve-se observar que a doutrina majoritária denomina o acordo pactuado entre o Ministério Público e o autor do fato com o referido termo, em razão de suas características. Para exemplificar, Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 129), expõe:

O circunlóquio foi voluntariamente utilizado à época do Anteprojeto como eufemismo destinado a evitar as resistências ainda existentes com relação ao texto constitucional. Mas é evidente que não tem ele o condão de transformar a natureza jurídica do fenômeno, que é de verdadeira transação penal.

Trata-se de um acordo celebrado entre o Ministério Público e o suposto autor da infração penal. Conforme previsto na parte final do art. 72, da Lei 9.099/1995, a transação penal (“aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”) ocorre na audiência preliminar, desde que o suposto autor da infração, acompanhado de seu defensor,

concorde em cumprir uma pena restritiva de direito ou pagar uma multa, com o propósito de evitar o processo penal.

Tem por finalidade a resolução simplificada de casos relacionados a infrações penais leves. O acordo é firmado antes do oferecimento da denúncia. O Ministério Público desiste da persecução penal em juízo, desde que o autor do fato aceite cumprir uma medida restritiva de direitos para resolver o conflito criminal.

Em relação à natureza jurídica das medidas impostas na transação penal, trata-se de sanção penal consensual, pois, como diz Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 97):

A pena de multa e restritiva de direitos, em matéria de infrações penais de menor potencial ofensivo, têm índole criminal, e afirmar o contrário, para escapar às críticas quanto à pretensa inconstitucionalidade da transação penal, não presta um serviço à ciência.

Na transação penal, não há exigência de que o autor do fato confesse ou reconheça a culpabilidade pelos fatos que lhe foram imputados. A aceitação da imediata aplicação de medidas alternativas à prisão não enseja a assunção de culpa.

O acordo só é possível nos casos de infração cuja pena máxima não supere 2 (dois) anos de prisão e se forem preenchidos determinados requisitos. Além disso, não existe margem para ampla discricionariedade do promotor. O acordo deve ser celebrado em audiência pública diante do juiz ou do conciliador.

O autor do fato, mesmo sem reconhecer culpabilidade, aceita cumprir medidas restritivas que conduzirão à extinção da punibilidade e ao arquivamento do caso. De acordo com o artigo 72, § 2º, da Lei 9.099/1995, a transação penal não pode ser aplicada nos seguintes casos:

Art. 72. [...]

§ 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.

Após longo período de divergência doutrinária e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, na hipótese de o representante do Ministério Público recusar-se a oferecer a proposta de transação penal, não convém que o magistrado, entendendo a transação penal cabível, formule tal proposta, assumindo o papel de juiz negociador. Nesses casos, deve ser aplicada, por analogia, a regra do artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁴. Ou seja, o processo deve ser remetido ao Procurador-Geral da Justiça a fim de que, em manifestação fundamentada, formule a proposta de transação penal ou se recuse a fazê-la.

Súmula 696/STF - Enunciado

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

O magistrado tem o dever de zelar pelo respeito à legalidade, garantindo o equilíbrio entre as partes e contribuindo para que possam alcançar uma solução adequada pela via do consenso.

De acordo com o Enunciado Criminal nº 70, do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), temos que “O conciliador ou o juiz leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação”.

A avença entre as partes, estando nos termos da lei, deverá ser homologada por sentença, conforme artigo 76, §5º, da Lei 9.099/1995: “Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei”.

Além disso, a Lei 9.099/1995 estabelece, expressamente, no artigo 76, §4º, que “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”. Ou seja, o autor do fato não perde a primariedade, mas a anotação no registro criminal inviabilizará a utilização de outra transação penal no prazo de 5 (cinco) anos.

¹⁴ Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

A transação penal poderá conter cláusula de renúncia à propriedade do objeto apreendido, conforme Enunciado Criminal nº 58 do FONAJE: “A transação penal poderá conter cláusula de renúncia á propriedade do objeto apreendido”.

Apesar da Lei 9.099/1995 não mencionar a possibilidade de haver transação penal em ação penal privada, consolidou-se o entendimento de que é admissível. Além disso, a transação penal poderá ser proposta até o final da instrução processual, conforme Enunciado Criminal nº 114, do FONAJE: “A Transação Penal poderá ser proposta até o final da instrução processual”.

Para Maria Lúcia Karam (2004, p. 37), a transação penal favorece a punição de condutas que deveriam ser discriminadas e leva à concretização antecipada do direito de punir, com violação das garantias constitucionais do autor do fato infracional.

É preciso reconhecer que existem casos que são levados à audiência preliminar para fim de resolução consensual quando, em verdade, as condutas são atípicas ou insignificantes ou, ainda, quando os fatos não estão satisfatoriamente esclarecidos. Isso acontece por não haver um controle judicial prévio e efetivo da admissibilidade das imputações feitas.

Em relação à possibilidade de não cumprimento do acordo, após diversas divergências doutrinárias, o STF, por meio da Súmula Vinculante nº 35, estabeleceu:

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.

Consequentemente, o processo terá início, sendo assegurado ao autor dos fatos o exercício de todos os direitos e garantias previstos no texto constitucional. Passados mais de 20 (vinte) anos desde a instituição dos Juizados Especiais Criminais, jamais prosperaram tais críticas de violação de direitos constitucionais.

Ainda de acordo com Ada Pelegrini Grinover (2005, p. 151), “a proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado”.

3.3 Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo, assim como a transação penal, tem a finalidade de gerar despenalização e dar celeridade ao processo criminal.

A suspensão condicional do processo, também chamada de *sursis processual*, é uma medida presente no Direito Penal, que tem como objetivo anular um processo criminal que tenha menor potencial ofensivo, com pena de até um ano.

Vladimir Brega Filho (2006, pp. 94-95) define o instituto como:

A suspensão da ação penal com a concordância do réu, após o recebimento da denúncia, desde que o réu preencha determinados requisitos e cumpra certas condições durante um prazo prefixado, findo o qual ficará extinta a punibilidade quando não der causa à revogação do benefício.

O Instituto da Suspensão Condicional do Processo está previsto no artigo 89, da lei 9.099/95, *in verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

A suspensão condicional do processo estabelece uma possível extinção de punibilidade por meio do cumprimento de determinadas medidas acordadas durante um específico período de provas enquanto resta devidamente paralisado o curso dos atos processuais.

A *sursis processual* é cabível para delitos cuja pena não ultrapasse um ano de prisão. Fazendo uma comparação, enquanto a transação penal acontece em uma fase pré-processual, a suspensão condicional do processo acontece depois de formalizada a acusação, quando já ofertada e recebida a denúncia.

Trata-se de um acordo ou transação processual entre o autor da ação e o acusado, acarretando a paralização do processo. O Ministério Público contenta-se com a imposição de

condições a serem cumpridas pelo réu e este deixa de pleitear a sua absolvição. O acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência.

O Ministério Público poderá propor a suspensão condicional do processo, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime.

Deve-se observar que o requisito de que o acusado não esteja sendo processado criminalmente no outro feito é questionado sobre a alegação de que atenta contra o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

Entretanto, prevalece na doutrina a compreensão de que não ter outro processo em andamento é um requisito processual lícitamente estabelecido na lei, sendo natural essa exigência, que não fere o postulado da presunção de não culpabilidade justamente porque o réu será processado e julgado com todas as garantias constitucionais. Ainda nesse sentido é a jurisprudência do STF, conforme RE 299781¹⁵.

A apresentação de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público não dispensa o magistrado de fazer o exame de admissibilidade da peça acusatória. Mas, na prática, na maioria dos casos acaba não ocorrendo uma apreciação mais detida da peça acusatória a luz dos artigos 41 e 395 do CPP¹⁶.

Uma vez aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o período de suspensão do feito variará entre 02 (dois) e 04 (quatro) anos e, durante este período, o acusado deverá se submeter às condições previstas no artigo 89, § 1º, da Lei 9.099/1995, *in verbis*:

¹⁵ Recurso Especial nº 299.781, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/09/2001, DJ 05-10-2001, PP-00041, EMENT VOL-02046-10, PP-02046.

¹⁶ Código de Processo Penal: Artigos 41 e 395:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

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

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Entretanto, mostra-se bem pertinente a crítica de Aury Lopes Júnior (2018, pp. 777 778) no sentido de que em alguns casos as condições do *sursis* processual são tão gravosa quanto a pena que seria imposta na sentença a imposição de prestação de serviço à comunidade por exemplo é uma medida que pode se revelar desproporcional o que exige efetivo controle judicial sobre a adequação de tal condição não se pode olvidar que hoje o instituto é de despenalização penal de antecipação de pena maior.

A suspensão condicional do processo também se diferencia da transação penal no que diz respeito às medidas a serem cumpridas. Enquanto na transação o autor da infração obriga-se a cumprir penas restritivas de direito ou a pagar multa, no *sursis* processual o denunciado obriga-se a cumprir determinadas condições durante um período entre 02 (dois) e 04 (quatro) anos.

Conforme pacificado pelo STF, a Súmula 696 define:

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

A suspensão condicional do processo poderá ser revogada, conforme previsão legal constante do artigo 89, parágrafos 3º e 4º, da Lei 9.099/1995:

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

A primeira causa de revogação foi reputada inconstitucional por parte da doutrina. Entretanto, havia quem defendesse que a lei é clara e que o oferecimento de nova denúncia

contra o réu, não importando quando ocorreram os fatos, deveria ensejar obrigatoriamente a revogação do benefício. Nesse sentido se firmou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tendo por base o HC 62.401/ES:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

PACIENTE PROCESSADO POR OUTRO CRIME. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO.

POSSIBILIDADE. FATOS ANTERIORES AO PERÍODO DA SUSPENSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A inobservância das condições legais ou judiciais impostas ao beneficiado pela suspensão condicional do processo constitui fato extintivo do direito à declaração de extinção da punibilidade baseada no término do período de prova.

2. A revogação do benefício independe de declaração expressa no curso do prazo de suspensão, bastando, para que seja implementada, a ocorrência de fato impeditivo da extinção da punibilidade naquele período.

3. Tratando-se de benefício de índole processual, mostra-se irrelevante que os fatos apurados no novo processo instaurado sejam anteriores ao período da suspensão, uma vez que, nos termos do art.

89, § 3º, da Lei 9.099/95, "A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime".

4. No caso, durante o período de prova do *sursis* processual, o paciente foi denunciado por outro crime, razão pela qual se justifica a revogação do benefício.

5. Ordem denegada.

(HC 62.401/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 23/06/2008)

Ainda em relação à possibilidade de revogação da suspensão condicional do processo, as Súmulas 337 e 536 do Tribunal da Cidadania merecem destaque e são reproduzidas a seguir:

É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva. (Súmula 337, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2007, DJ 16/05/2007 p. 201).

A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. (Súmula 536, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015).

Por derradeiro, prevalece o entendimento de que cabe a suspensão condicional do processo também na ação penal privada. Primeiro, exatamente porque o querelante pode dispor da pretensão punitiva e, segundo, porque não há motivo para não se estender o benefício em favor dos querelados, se o próprio Estado entende politicamente conveniente e adequada a utilização do mecanismo em crimes de ação pública de reprovabilidade equivalente.

Na opinião de Flávio da Silva Andrade (2018, p. 180):

Os instrumentos de justiça criminal consensual instituídos pela Lei 9.099/1995 contribuíram para o aperfeiçoamento e melhoria do sistema penal brasileiro. A adoção desses institutos trouxe benefícios ao sistema de justiça criminal pátrio: a) concorreu para o descongestionamento das unidades judiciárias em razão da redução do movimento forense; b) afastou a estigmatização típica gerada pelo modelo clássico de processo, evitando ou reduzindo as danosas prisões de curta duração; c) permitiu uma resposta estatal mais rápida à criminalidade de menor ou média ofensividade, assim como acelerou a reparação dos danos às vítimas; d) inibiu as constantes prescrições, uma vez que, na suspensão condicional do processo, o curso do prazo prescricional fica sobrestado; e e) facilitou a ressocialização do agente.

Finalmente, é preciso que, tanto nos casos de transação penal, como no de sursis processual, haja primeiro um controle judicial prévio e efetivo da admissibilidade das imputações, de maneira a se repelir logo os casos de atipicidade, de insignificância e sem justa causa.

3.4 Colaboração premiada

A colaboração premiada é um acordo firmado com o Ministério Público ou a polícia que permite ao réu obter benefícios – como a redução ou até a extinção da pena de prisão – em troca de sua colaboração com as investigações.

A colaboração premiada tem diferentes designações: colaboração premiada, delação premiada, colaboração processual, colaboração eficaz, entre outras. O termo colaboração premiada, adotado pela Lei do Crime Organizado¹⁷, mostra-se mais adequado e amplo, devendo ser considerado como gênero, constituindo espécies as demais modalidades desse instituto.

Marcos Paulo Dutra Santos (2020, p. 37) ensina que:

A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e o novel acordo de não deflagração da ação penal (art. 28-A do CPP) são negócios jurídicos processuais despenalizadores, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do colaborador.

¹⁷ Lei 12.850/2013

Por sua vez, Vinicius Gomes de Vasconcelos (2020, p. 64) define que:

A colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva.

De acordo com a redação original da Lei 12.850/2013, temos:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Assim, pode-se observar que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova. Compendiando, a delação premiada não é um meio de prova, e sim, um mecanismo para se obter elementos probatórios que tem natureza jurídica de negócio jurídico processual.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, guardião da adequada interpretação constitucional, já teve a oportunidade de manifestar o seu entendimento sobre o assunto por meio do HC 127.483 e assim se manifestou:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse

negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.¹⁸

Mais recentemente, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, foi incluído o Art. 3º-A na Lei 12.850/2013:

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

A aplicação de qualquer benefício ao delator fica condicionada à verificação judicial do preenchimento dos requisitos constantes dos incisos do Art. 4º, da Lei 12.850/2013:

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

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

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

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

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

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

A delação premiada, ao angariar o arrependimento do delator, tem por objetivo superar as dificuldades na coleta de prova e depende sempre do provimento jurisdicional.

Diversas legislações brasileiras já possuíam a previsão de um prêmio, seja por meio da redução da pena ou pelo perdão judicial, como, por exemplo, o arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal¹⁹:

Arrependimento posterior

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.483/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27.8.2015. DJe 04.2.2016.

¹⁹ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Em seguida, o art. 8º, § único, da Lei 8.072/2015, introduziu no ordenamento jurídico-penal a chamada delação premiada ao estabelecer que “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Também no âmbito da criminalidade contra a ordem econômica existe a possibilidade de colaboração premiada, por meio da celebração de acordo de leniência²⁰.

É importante destacar que a Lei 12.850/2013 não revogou as leis ou preceitos anteriores que versem sobre a colaboração premiada, exceto a Lei 9.034/1995. Todavia, disciplinou a colaboração premiada de forma mais abrangente, dando-lhe novos contornos, criando prêmios legais, trazendo regras claras para a celebração do acordo, estabelecendo direitos ao agente colaborador e fixando o procedimento a ser observado no emprego desse instrumento.

Existem inúmeras controvérsias doutrinárias relativas à delação premiada, havendo juristas que se colocam contra e outros a favor do instituto. O jurista Lenio Luiz Streck, assim se pronunciou: “[...] devemos exigir evidências científicas das decisões dos tribunais. E, por óbvio, também devemos exigir evidências empíricas dos delatores. Não basta dizer. Tem de demonstrar. E não basta apresentar uma agenda com siglas”.²¹

Os argumentos favoráveis ao instituto são mais robustos e justificam, satisfatoriamente, sua adoção e seu uso no âmbito nacional, na esteira do que já acontece em outros países. Também os tribunais superiores ao longo dos anos reconheceram a validade do instrumento e vem reafirmando isso, sendo utilizado como paradigma o HC nº 127483/PR, a seguir reproduzido.

EMENTA Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do

²⁰O Acordo de Leniência acontece quando a autoridade pública competente celebra um acordo com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e estas colaboram efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. Direito 4.0 produz delações ilícitas e conduções inconstitucionais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/streck-direito-40-produz-delacoes-ilicitas-conducoes-inconstitucionais>. Acesso em 18 jun 2019.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. 1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de habeas corpus impetrado para o Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do habeas corpus, nos termos do art. 102, I, “i”, da Constituição Federal. 2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu

desfavor. 8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador. 12. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. (HC 127483, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016)

Marcos Paulo Dutra Santos (2020, p. 85) reforça que o Brasil é signatário de Convenções Internacionais²² que expressamente recomendam a adoção, pelos sistemas normativos nacionais, da colaboração premiada como instrumento de obtenção de provas, notadamente em relação aos delitos praticados por estruturas criminosas organizadas.

A doutrina²³ indica quatro espécies de colaboração premiada: a) a delação premiada, que se refere às hipóteses dos incisos I e II; b) a colaboração preventiva, relativa à hipótese do inciso III; c) a colaboração para localização em recuperação de ativos resultado referidos ao inciso IV; e d) a colaboração para a libertação, decorrente do resultado mencionado no inciso V.

Por sua vez, Marcos Paulo Dutra Santos (2020, p. 90) emite a seguinte crítica a essa classificação:

Colaboração, cooperação e delação premiadas são expressões sinônimas, sim, e assim vêm sendo empregadas academicamente e pela jurisprudência. A classificação em delação stricto sensu, colaboração para a libertação, colaboração para localização e recuperação de ativos e colaboração preventiva

²² Convenção de Palermo – promulgada pelo Decreto 5.015/2004 e a Convenção de Mérida – promulgada pelo Decreto 5.687/2006.

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 3. ed. 3. tiragem. Salvador: JusPODVIM, 2015, pp. 525-526; MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinicius. Crime Organizado. São Paulo: Método, 2015, p. 97.

apenas revela os requisitos legais à premiação, vale dizer, o conteúdo que devem apresentar para que sejam premiadas. A leitura açodada deste critério classificatório pode sugerir que seriam espécies autônomas de colaboração, quando, em verdade, podem perfeitamente coexistir em uma única delação.

Conforme previsto na parte inicial do caput do art. 3º da Lei 12.850/2013, a colaboração premiada pode ser realizada tanto na fase preliminar de investigação, ou seja, durante o inquérito policial, quanto na fase judicial, no processo criminal, sobretudo porque há necessidade de ser ratificado em juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa.

Conforme o caso concreto e o momento processual, Flávio da Silva Andrade (2018, p. 191) resume que os prêmios legais decorrentes da colaboração são estabelecidos no art. 4º e podem ser:

- a) perdão judicial (caput e § 2º);
- b) redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou substituição por pena restritiva de direitos (caput);
- c) não oferecimento da denúncia (§ 4º), também chamado de acordo de imunidade, se o colaborador não for o líder da organização criminosa (§ 4º, inc. I) e for o primeiro a prestar efetiva colaboração (§ 4º, inc. II); e
- d) redução da pena até a metade ou progressão de regime, no caso de colaboração posterior à sentença (§ 5º).

O acusado, com o intuito de melhorar sua situação frente à persecução penal, acaba aderindo à acusação, e, conseqüentemente, tal procedimento resulta em inevitáveis renúncias de direitos fundamentais no processo penal. De acordo com Vinicius Gomes Vasconcelos (2020, p. 202):

Fundamentalmente, ao aderir à acusação, o imputado afasta-se de suas posições de resistência, inerente à estruturação acusatória do processo penal. Assim, deixa de apresentar defesa e exercer o contraditório, além de também suportar uma redução no âmbito de abrangência da sua presunção de inocência. Ainda que ela se mantenha, formalmente, ao menos em seu viés de regra probatória (imposição do dever à acusação de produzir provas incriminatórias lícitas), resta profundamente esvaziada.

Uma primeira cláusula de renúncia prevista nos acordos de colaboração premiada diz respeito ao acesso à justiça e ao direito ao recurso no processo penal. Diante das controvérsias levantadas pela doutrina e pela jurisprudência, a Lei 13.964/19 incluiu no Art. 4º, § 7º-B, da Lei 12.850/13, o seguinte texto: “§ 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória”.

Uma segunda cláusula de renúncia prevista nos acordos de colaboração premiada diz respeito ao direito de não autoincriminação, Tal situação decorre do § 14, do art. 4º, da Lei 12.850/13: “§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”. Buscando uma interpretação compatível com os preceitos constitucionais, o Ministro Teori Zavascki determinou que:

(...) o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão ‘renúncia’ à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, constante do título VI do acordo (fl. 20), no que possa ser interpretado como renúncia à direitos e garantias fundamentais, devendo ser interpretada com a adição restritiva ‘ao exercício’ da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins.²⁴

De acordo com o disposto no art. 6º, da Lei 12.850/2013, o termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Quanto à competência para a realização do acordo de colaboração, assim se pronunciaram os membros da Corte Suprema Brasileira:

ADI 5508

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 20/06/2018

Publicação: 05/11/2019

Ementa

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – CLÁUSULAS. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do Ministério Público, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – POLÍCIA. O acordo formalizado mediante a atuação da Polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do Ministério Público.

²⁴ STF, Pet. 5.952, Min. Teori Zavascki, j. 14.03.2016. p. 254.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIOS – HOMOLOGAÇÃO. A homologação do acordo faz-se considerados os aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIO. Os benefícios sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juiz.

Observação

MINISTÉRIO PÚBLICO) RE 468161 (1ªT). (DELAÇÃO PREMIADA, CONCESSÃO, BENEFÍCIO) HC 99736 (1ªT). (SISTEMA ACUSATÓRIO, EXCLUSIVIDADE, MINISTÉRIO PÚBLICO) ADI 5104 MC (TP). - Decisões monocráticas citadas: (COLABORAÇÃO PREMIADA, DENUNCIÇÃO CALUNIOSA) Pet 5700. (REQUISITO, REGULARIDADE, LEGALIDADE, COLABORAÇÃO

Assim, o julgamento da ADI 5508 considerou constitucional a possibilidade de delegados de polícia realizarem acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial, não devendo haver um monopólio do Ministério Público para definir em que casos é cabível a propositura de acordos de colaboração premiada.

Para ser efetiva, a delação premiada exige do colaborador ações concretas, não abstratas, ou meramente formais. Deve ser também voluntária, não se exigindo espontaneidade, uma vez que pode ser desencadeada por diversos motivos, como medo, temor, remorso, entre outros.

Flávio da Silva Andrade (2018, p. 197) ensina que os requisitos para a validade do acordo de colaboração premiada são os seguintes:

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

Deve-se destacar que a confissão do agente não está prevista no texto da lei em comento, mas é inerente à ideia da colaboração premiada. Em relação à voluntariedade do acordo, naturalmente deve ser assegurada nos termos da lei, como se impõe num Estado Democrático de Direito, jamais se admitindo que a colaboração seja fruto de coação física ou psíquica, nem de promessa de vantagens ilegais.

Assim, a formalização de acordo de colaboração premiada por acusados que se encontram presos cautelarmente sempre gerou muitas controvérsias. Como tentativa de pacificar o assunto, a Lei nº 13.964/ 2019 reconheceu a possibilidade de coexistência entre a "voluntariedade da manifestação de vontade" do colaborador e a submissão a medidas cautelares, porém exigiu ao magistrado um controle rígido dessas hipóteses, ao incluir no CPP, no Art. 28-A, o seguinte item: “§ 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”.

Os direitos do colaborador estão elencados no art. 5º da lei, a qual foi atualizada em seu inciso VI com a redação dada pela Lei nº 13.964/ 2019:

Art. 5º São direitos do colaborador:

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

Segundo Frederico Valdez Pereira (2019, p. 278), a colaboração premiada:

O instituto da colaboração premiada agrega custos ao sistema penal e à dinâmica processual, que aconselham que se trate de medida restrita a determinada manifestação criminológica como um fenômeno conjuntural e não como medida usual, ordinária e corriqueira do ordenamento jurídico. [...] não pode ser adotada como instrumento originário de política criminal, principalmente pelo impacto sobre a dinâmica processual, que passaria de um modelo dialético de confronto entre acusação e defesa para um modelo genericamente colaborativo.

Por sua vez, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Nefi Cordeiro (2020, p. 103), conclui, em sua obra, que:

A desoneração da carga probatória, e até investigatória, pela colaboração premiada incentiva a proliferação de seu uso. Não pode esse mecanismo, porém, se vulgularizar: apenas agentes menores de organizações atuantes em graves crimes devem ser os destinatários desse mecanismo – colaboração

premiada não é substitutivo da confissão (“guilty plea”), ou fonte de impunidade criminal.

Resumindo, o Instituto da Delação Premiada deve ser utilizado com parcimônia, deve ser reservado para situações específicas e mais graves que realmente reclamem e justifiquem o seu emprego.

3.5 Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)

O acordo de não persecução penal trata-se de um tipo de medida despenalizadora, uma barganha a ser celebrada entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, e que, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação.

O acordo de não persecução penal surgiu para suprir a necessidade de acordos não só para crimes de pequeno potencial ofensivo, mas também para os de médio potencial, com vistas a dar maior celeridade à justiça penal, tal qual a Lei 9.099/1995.

Assim, em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a Resolução 181/2017, que permitiu ao Ministério Público firmar Acordos de Não Persecução Penal. Pouco depois, foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a ADI 5790, pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e a ADI 5793, pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Na ADI 5.790, a AMB afirmou que:

A Resolução do CNMP invade e usurpa a competência do legislador, inovando em matéria penal, processual penal, do Estatuto da Magistratura além de violar direitos e garantias individuais.

A OAB, por sua vez, na ADI 5.793, afirmou que:

A Resolução do CNMP usurpa a competência privativa da União (art. 22, I, da CF) e da instituição policial; extrapola o poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, §2º, I, da CF); ofende os princípios da reserva legal, segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF), indisponibilidade da ação penal (art. 129, I, da CF), imparcialidade (art. 37, da CF), impessoalidade (art. 37, da CF) ampla defesa (art. LV, da CF), contraditório (art. LV, da CF), devido processo legal (art. 5, LIV, da CF) e inviolabilidade de domicílio (5º, inc. XI, da CF).

Quando da proposição das duas ADI, o acordo de não persecução penal tinha a regulamentação na forma da redação original da Resolução 181/2017. Visando solucionar as críticas, o CNMP emitiu a Resolução nº 183, em 24 de janeiro de 2018, na qual foram alteradas a redação de diversos artigos da Resolução 181/2017.

Finalmente, em dezembro de 2019, a sanção presidencial da Lei nº. 13.964/2019 estabeleceu a possibilidade de um Acordo de Não Persecução Penal, a ser realizado entre o MP e o investigado. A norma, inserida no Código de Processo Penal, no Art. 28-A, apresenta os detalhes e os requisitos para se propor o acordo e possui a seguinte redação:

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 delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

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.

O novo Art. 28-A do Código de Processo Penal soluciona alguns dos problemas existentes nas resoluções anteriores do CNMP, alvos de crítica por meio das ADIs 5790 e 5793, que questionam a constitucionalidade das normativas no STF. Nesse sentido, a AMB já formalizou junto ao STF a Perda de Objeto da ADI 5790, assim como, em relação à ADI 5793, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo reconhecimento da perda superveniente de objeto, diante da entrada em vigor da Lei 13.964/2019 e, no mérito, opinou pela sua improcedência.

Inicialmente, mister destacar que o acordo não poderá ser realizado para os casos em que não houver justa causa, inexistirem os pressupostos processuais ou os requisitos para o exercício da ação, pois, nestes casos, deverá ser determinado o arquivamento da ação. Assim, fica o

promotor obrigado a realizar uma análise jurídica prévia da viabilidade da acusação: ele terá que confirmar indícios de autoria e de participação, averiguar tipicidade, ilicitude e culpabilidade e afastar a incidência de causas extintivas de punibilidades, para conseguir superar a possibilidade de não prosseguimento da ação. Dito de outra forma, o acordo só tem cabimento em substituição a uma acusação formal fundamentada em elementos probatórios convincentes para início de uma ação penal.

Neste ponto, fica visível a necessidade de um mecanismo para controlar se é o caso de arquivamento da investigação ou de celebração de um acordo de não persecução penal, uma vez que a lei não define o processo de verificação de lastro mínimo para a proposta de acordo, da mesma forma que se exige para a acusação.

Os dois primeiros requisitos para a realização do acordo de não persecução penal são: a) ter o investigado confessado a realização de uma infração penal; e b) a investigação seja relacionada a uma infração penal praticada sem violência ou grave ameaça, sendo a pena mínima menor do que quatro anos.

Além disso, exige que haja a confissão do investigado e que haverá uma audiência na qual o juiz (Juiz das Garantias) deverá verificar a voluntariedade da aceitação do acordo. Entretanto, deve-se observar que a audiência com o Juiz de Garantias está com sua eficácia suspensa por decisão liminar do Ministro Luiz Fux dada na ADI 6298, até o julgamento pelo Plenário do STF).

Também são requisitos para o acordo de não persecução penal os itens relacionados nos incisos I a IV, do § 2º, do Art. 28-A: a) não ser cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; b) não ser o investigado reincidente; c) não existirem elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; d) ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e) não ter sido o crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Entendem Aury Lopes Jr. e Higyna Josita que cabe acordo de não persecução penal para os processos que estavam em andamento quando da entrada em vigor da Lei nº. 13.964/2019, com denúncias já recebidas, mas sem sentença prolatada, uma vez que “Ao criar uma causa extintiva de punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP) o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal”²⁵.

Além disso, Aury Lopes Jr. e Higyna Josita também ensinam que a confissão feita pelo investigado não poderá ser usada contra ele durante o curso do processo decorrente do não cumprimento do ANPP.

Finalmente, observa-se que o art. 28-A não encerra o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o qual é decorrente do princípio da legalidade. O que houve, e já o havia, foi uma sua relativização, perfeitamente possível em um processo penal de feição acusatória.

²⁵ LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 11/10/2020.

4 PROJETOS PARA A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A expansão dos espaços de consenso, além de tendência em diversos países, também ocorre no Brasil. Aqui, tanto o Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009, que tem por finalidade a reforma do Código de Processo Penal, quanto o Projeto de Lei do Senado Federal nº 236/2012, que trata da reforma do Código Penal, sugerem o acréscimo de meios de consenso através de acordos denominados “procedimento sumário” e “barganha”. Além destes, também o PL 1.864/19 busca ampliar os espaços de consenso por meio da inclusão do *Plea Bargaining* na legislação pátria. A seguir, abordaremos estas três possibilidades.

4.1 O Instituto *Plea Bargaining*

No início de 2019, o Poder Executivo apresentou à Câmara dos Deputados um conjunto de propostas de alterações na legislação brasileira denominado de Pacote Anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Dentre estas propostas, foi apresentado o Projeto de Lei 882/2019 (PL 882/19), que propôs alterações na legislação penal e processual penal vigente a fim de estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Através da pretensão de inserção do artigo 395-A no Código de Processo Penal, o Projeto de Lei também trazia a possibilidade de acordo para aplicação imediata de pena.

Em seguida, o PL 882/19 foi apensado ao Projeto de Lei 10.372/2018 (PL 10.372/18).

Tanto do momento da aprovação do Substitutivo, quanto a redação final do PL 10.372/18, não ocorreram menções referentes a inserção do artigo 395-A no Código de Processo Penal.

Após revisão pelo Senado, o PL 10.372/18 foi transformado na Lei Ordinária nº 13.964/2019 em 24 de dezembro de 2019 e, por sua vez, não inseriu a possibilidade de acordo para aplicação imediata de pena no Código de Processo Penal.

Entretanto, tramita no Senado Federal Projeto de Lei que reproduz integralmente a redação do PL 882/19. Trata-se do Projeto de Lei nº 1.864/2019 (PL 1.864/19). Portanto, a

proposta de inserção do artigo 395-A no Código de Processo Penal segue tramitando no Congresso Nacional.

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso pena com a sugestão de penas ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual~ reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento supável por decisão judicial~ e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

Isto posto, passemos a detalhar o funcionamento do *Plea Bargaining*, um modelo de Justiça criminal consensuada ou negociada que se desenvolveu na tradição do sistema jurídico anglo-americano.

O *plea bargaining* consiste na negociação da declaração de culpa e surgiu nos Estados Unidos no século XIX, quando começaram a ser celebrados acordos informais entre a acusação e a defesa como forma de agilizar a resolução dos casos criminais. Foi em meados daquele século, com o exponencial crescimento populacional, a intensa industrialização e o aumento das taxas de criminalidade, que se passou a sentir a “complexificação” do processo penal decorrente da aprovação das emendas constitucionais que trouxeram garantias processuais aos acusados.

O *Plea Bargaining* ou pedido de barganha, é uma modalidade de negociação ou transação penal que é oferecida por um promotor público a um réu que aceita a sua culpa e renuncia ao direito de ser julgado por um juiz ou tribunal de júri, em troca de algum benefício legal, como a redução da sentença penal ou livramento de acusações, que lhe é concedido por colaborar com a acusação.

Por sua vez, Marllon Sousa (2020, p. 97) afirma que:

Plea Bargaining pode ser definido em um sentido estreito e amplo. Em uma visão estreita, é o procedimento preliminar pelo qual o indivíduo formalmente acusado de cometer um crime (contravenção ou crime) negocia com a acusação uma confissão (autoincriminação) em troca de algum benefício que pode tanto o decote como a remodelação da acusação (*charge bargaining*), a recomendação de uma sentença mais branda (*sentencing bargaining*) ou ambos. Além disso, um conceito mais amplo *plea bargain* inclui a fase de confissão de culpa em que o réu, em audiência pública, declara voluntariamente e com conhecimento de todas as causas do acordo e das consequências da confissão de que foi o autor dos crimes, ou não opta por não contestar a acusação (*nolo contendere*) na expectativa de receber algum benefício da acusação (decote de tipos penais), do juiz (por exemplo, uma sentença branda) ou de ambas as autoridades.

O Instituto *Plea Bargaining*, segundo Renné Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari (2020, p. 97):

Trata-se, em linhas gerais, de mecanismo pelo qual o acusado pode, logo no início das apurações pré-processuais, reconhecer a responsabilidade pelo fato, abrindo mão de seu direito a um processo e ao consequente julgamento judicial de mérito para receber, desde logo, uma pena.

Inicialmente, pode-se observar que a simples importação de institutos jurídicos utilizados em outros países, na opinião de Willer Tomaz²⁶ é problemático, pois:

O plea bargain não faz parte da cultura jurídica nacional, é estranho ao sistema civil law adotado entre nós e ofende direitos e garantias fundamentais do acusado inerentes ao devido processo legal, pois para aceitar o acordo, o réu terá de renunciar a garantias sacramentais, como o direito de ser julgado por um juiz imparcial e de não se auto incriminar.

Por sua vez, Marlon Sousa (2020, pp. 121-122), considerando os modelos Estaduais e Federais de *plea bargaining* nos Estados Unidos, criou critérios para definir as características essenciais do instituto. Assim, as seguintes características foram identificadas como o núcleo do Instituto:

- a) É um procedimento pré-processual;
- b) Tipos de declaração possíveis perante o juízo: culpado, não culpado ou *nolo contendere*;
- c) Há regra para se aconselhar o réu sobre seus direitos e as consequências diretas de se declarar culpado;
- d) A barganha processual é aceitável se o réu concordar com seus termos voluntariamente e conscientemente;
- e) Juiz deve verificar a base fática antes de se aceitar um acordo de confissão;
- f) Previsão de deveres judiciais mínimos em procedimentos de barganha; e
- g) Considera-se inadmissível o uso da confissão feita no procedimento de barganha como evidência.

Apesar de ser um procedimento pré-processual, a partir do momento que o acordo é feito, seguido da confissão de culpa, o processo tem as mesmas consequências de um julgamento completo que acarretasse uma condenação.

Em seguida, o réu optará por uma das três diferentes declarações previstas. Assim, Rodrigo da Silva Brandalise (2016, p. 65) aduz que:

Conforme explicitado na *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11*, o réu poderá alegar sua ausência de culpa (*plea of not guilty*), sua culpa (*plea of guilty*), ou sua declaração de que não contestará a acusação (*nolo contendere*). A alegação de culpa pode originar o *plea bargaining*, inclusive de maneira condicional. Por outro lado, a alegação de *nolo contendere* exige uma apreciação do interesse público na devida administração da justiça antes que

²⁶Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/304212/para-advogado-plea-bargain-tem-poucas-chances-de-dar-certo-no-brasil>. Acesso em 24/09/2020.

seja aceita pelo juízo e pelas partes. Caso contrário, deve ser considerado como alegação de culpa.

Ao se declarar culpado, o réu confessará as acusações apresentadas, será condenado e o juiz aplicará a pena. Neste caso, a declaração de culpa implica no consentimento do réu de que a sentença de condenação possa ser passada sem julgamento (o réu abdica de exercer o contraditório e de ser julgado perante um juiz ou júri).

Caso o réu declare-se inocente ou não-culpado, o caso seguirá para a fase de julgamento, acontecendo, então, uma busca utilitarista pela solução do caso. Assim, tem início a barganha, o *plea bargaining*, que pode ser, basicamente, de dois tipos: a) para reduzir o número ou gravidade das acusações; b) para reduzir a pena a ser aplicada na ou na recomendação de sentença feita pela acusação.

Entretanto, na justiça negocial estadunense, o Ministério Público possui uma grande margem de poder discricionário. Conseqüentemente, existe um desequilíbrio de forças entre o promotor e o réu muito grande, levando a reclamações de coação ou pressão excessiva por parte dos promotores para forçar o réu a admitir a culpa. Nos Estados Unidos, o *Innocent Project*, analisou casos em que as pessoas aceitaram a barganha, acertando com o Ministério Público uma condenação mais leve, em decorrência da possibilidade de uma condenação mais grave.

Assim, um dos graves problemas decorrentes da adoção do Instituto *Plea Bargaining* foi a proliferação de confissões falsas ou forçadas e, conseqüentemente, o aumento do número de presos no sistema carcerário. Por este motivo, o *plea bargaining*, embora hoje indispensável para o sistema de justiça criminal americano, é objeto de inúmeras críticas na própria nação em que ascendeu ao protagonismo.

Rodrigo da Silva Brandalise (2016, pp. 74-75) resume as críticas ao Instituto *Plea Bargaining* tendo por base quatro argumentos:

a) A *plea bargaining* é vista como um abuso do sistema criminal, já que a base fática é negligenciada sem maiores preocupações (*disregard of factual basis requirement*), pelo que se limita à resolução de casos, não a analisar a verdadeira responsabilidade do acusado, e funciona a partir de uma ameaça a ele, sem a necessidade de que haja prova formalmente constituída para tanto, em detrimento da investigação e da demonstração de culpa. Existente, portanto, o temor de que haja condenação de inocentes mediante acordo, pelo

tão só fato de que o acusado pode preferi-lo para logo livrar-se da responsabilidade e, mais ainda, livrar-se do risco que um processo impõe;

b) o maior poder estabelecido em prol do órgão acusatório, pois pode haver manipulação da acusação para o acordo (como na overcharging, que pode ser vertical, com uma qualificação jurídica do fato a maior do que a praticada ou com a inclusão de consequências jurídicas mais gravosas ao acusado; e/ou horizontal, com a inclusão de tantos fatos quantos possíveis dentro daquilo que vem afirmado na investigação) ou recomendações de sentenças mais gravosas, especialmente porque não é possível modificar a acusação quando houver a emissão do indictment ou do information. Além disto, não há a obrigação da acusação divulgar qualquer prova da qual tenha conhecimento e que possa beneficiar a acusação;

c) um enfraquecimento defensivo (weak position of defense), já que haveria poucas possibilidades da defesa, na medida daquilo que já fora apresentado sobre o poder concedido ao prosecutor;

d) o poder em prol do juízo (judicial power), pois pode o acusado receber uma pena mais exacerbada frente àquela que receberia na finalização do acordo, o que seria uma punição por ter o acusado optado pela utilização de direitos, o que seria absolutamente atentatório ao sistema.

Na opinião de Aury Lopes Jr., quando da análise da possibilidade de aprovação da proposta de *Plea Bargaining*, que visava adicionar o artigo 395-A ao Código Processual Penal, por meio do Anteprojeto de Código de Processo Penal (PLS nº 156/2009), que se encontrava, à época, em tramitação no Congresso Nacional:

O *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade.

O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao "acordo" vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao "negócio".

Dessarte, a negociação precisa ser adotada com prudência, critérios e limites de pena a ser negociada. Não pode ser um modelo completamente aberto como o proposto.²⁷

Por sua vez, Lenio Luiz Streck²⁸, esclarece que são necessárias medidas de anteparo ao abuso de poder/abuso de autoridade e sugere dois mecanismos para coibir tais abusos, caso o *Plea Bargaining* venha a ser utilizado no Brasil:

²⁷ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimemedio-ou-veneno>>. Acesso em 07/09/2020.)

²⁸ Na Revista Consultor Jurídico

- a) a obrigação do MP trazer à baila, (aos autos, ao inquérito, ao processo) todos os elementos favoráveis à defesa; e
- b) a exigência de que qualquer investigação do MP também deva ser feita para buscar a verdade, inclusive a favor da defesa, de modo a permitir a punição do agente que, de algum modo, deixasse de apresentar elementos objetivos a favor do réu.

4.2 Novo Código de Processo Penal

O Projeto de Lei do Senado nº 156 (PLS 156/09) tem por finalidade uma reforma global do Código de Processo Penal e dispôs, nos artigos 283 e 284, sobre o chamado procedimento sumário.

Após a aprovação pelo Plenário do Senado Federal, o PLS 156/09 foi apresentado na Câmara dos Deputados, a fim de ser submetido à revisão e recebeu nesta Casa Legislativa o nº 8.045/2010.

Durante a tramitação do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, foi apresentado Substitutivo que alterou o texto original do Projeto. Assim, o procedimento sumário passou a ser previsto nos artigos 308 a 315 do Substitutivo, e, atualmente, apresenta a seguinte redação:

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Art. 308. Ressalvados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumaríssimo e cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.

§ 1º O juiz não participará da transação realizada entre as partes.

§ 2º O julgamento antecipado isentará o réu do pagamento das despesas e custas processuais.

Art. 309. O requerimento da transação penal será apresentado por escrito e assinado pelas partes, e conterà obrigatoriamente:

I - a confissão em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II - a indicação da pena a ser aplicada e regime inicial de cumprimento;

III - a declaração expressa das partes dispensando a produção das provas por elas indicadas, se for o caso;

IV - renúncia ao direito de impugnar a sentença homologatória.

Art. 310. Ao homologar a transação, o juiz deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o acusado, na presença de seu defensor.

Art. 311. Tendo como limite a proposta pactuada, o juiz poderá, atendidos os requisitos legais:

I - reconhecer circunstâncias que abrandem a pena;

II - substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;

III - aplicar a suspensão condicional da pena.

Art. 312. A decisão homologatória da transação tem natureza e estrutura de sentença penal condenatória, inclusive com os efeitos da condenação, e produzirá todos os efeitos legais dela decorrentes.

Art. 313. Não sendo a transação homologada, será ela desentranhada dos autos, ficando as partes proibidas de fazer referência aos seus termos e condições, o mesmo se aplicando ao juiz em qualquer ato decisório.

Art. 314. Não havendo transação entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Art. 315. O julgamento antecipado não constitui direito público subjetivo do réu.

O procedimento sumário autoriza a realização de negociação entre o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, e se traduz na possibilidade de acordo, ou, nos termos do texto do Substitutivo, de transação penal, para que as partes possam requerer, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

Além disso, o procedimento sumário não se aplicaria aos casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, tampouco aos crimes aos quais se aplicam o procedimento sumaríssimo.

Finalmente, há disposição expressa no texto do Substitutivo no sentido de que o julgamento antecipado de mérito não constitui direito público subjetivo do réu.

4.3 Novo Código Penal

O Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 (PLS 236/12), em seu texto inicial, previu, na Parte Geral do Código Penal, Título VII, artigo 105, o instituto da barganha, isto é, um acordo que poderá ser celebrado entre o órgão do Ministério Público ou o querelante responsável pela causa e o advogado ou defensor público, no exercício da autonomia das suas vontades, para a aplicação imediata de pena e por meio do qual o processo se encerra de forma antecipada.

Art. 105 Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia de suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º São requisitos do acordo de que se trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 4º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do art. 61 deste Código.

§ 3º Fica vedado o regime inicial fechado.

§ 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal.

O acordo poderá ser celebrado após ter sido recebida definitivamente a denúncia ou a queixa-crime e até antes da audiência de instrução e julgamento.

Como requisitos, exige a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena; e a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

O regime inicial de cumprimento de pena fechado é vedado e, quando cabível, deve ser aplicada a substituição da pena de prisão por pena(s) restritiva(s) de direitos. A pena ainda poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal mediante requerimento das partes.

O texto do PLS 236/12 não faz qualquer restrição quanto a gravidade dos delitos aos quais se aplicaria a possibilidade de barganha, ou seja, não é estabelecido nenhum limite de pena mínima ou máxima para o delito ao qual seria possível a aplicação do acordo.

Em 2013, na Comissão Especial de Senadores encarregada de examinar a proposta de reforma do Código Penal, o relator apresentou Substitutivo que propôs a exclusão do instituto da barganha do texto do projeto de Código Penal, em razão de se tratar de "instituto de difícil

compatibilização com a cultura institucional brasileira", além de ser "matéria processual" e que, portanto, restaria "mal situada em um Código Penal".

Em 2014, o relator da proposta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), apresentou relatório legislativo com nova proposta de Substitutivo, o qual recuperou a pretensão de inserção do instituto da barganha na Parte Geral do Código Penal, Título VII, artigo 105, com redação bastante similar à do texto inicial do PLS 236/12.

O PLS 236/12 segue tramitando no Senado Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na área penal, acreditamos que um dos principais fatores para a crescente judicialização seja o fato de o sistema criminal ser extremamente inchado e repressivo. Ocorre que, ao se tratar do direito penal, obrigatoriamente lidamos com direitos indisponíveis, e, conseqüentemente, tratamos de direitos que afetam a vida e a liberdade dos seres humanos, alguns dos bens jurídicos mais importantes à sociedade. Assim, quando as estatísticas demonstram que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo e que boa parte destes presos é decorrente da demora à prestação jurisdicional, que permite que acusados presos preventivamente ocupem o sistema penitenciário por muito mais tempo, temos certeza de que algo precisa ser feito.

Reforçamos que a Justiça Penal Negocial surgiu, inicialmente, como a possibilidade de implantar espaços de consenso que viabilizassem uma política criminal despenalizadora. Assim, em decorrência da previsão constitucional constante do Art. 98 e da necessidade de tornar os processos judiciais criminais mais céleres, foi introduzido um viés utilitarista na legislação criminal. Entretanto, também é fato de que a Carta Magna tem um alinhamento com o Garantismo Penal, de modo que a concessão ao consenso está muito bem limitada na CF/88 (somente para “infrações penais de menor potencial ofensivo”).

Foram também analisadas, de forma detalhada, as legislações penais que instrumentalizam os espaços de consenso legislação brasileira. Ratificamos que a Lei 9.099/1995 foi a pioneira na “flexibilização” no Direito Processual Penal pátrio e possui uma visão despenalizadora que introduziu as possibilidades de Composição Civil, Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo. Também destacamos que a segunda etapa da evolução dos espaços de consenso foi representada pela Lei 12.850/2013, responsável pela regulamentação atual da Delação Premiada, que foi caracterizada pelo aumento da punição e na concessão de uma maior previsão discricionária para a forma de agir do Ministério Público. Concordamos também que a Lei 13.964/2019 introduziu, da forma legalmente prevista, no arcabouço jurídico brasileiro, o Instituto do Acordo de Não Persecução Penal. Entretanto, apesar de resgatar uma visão despenalizadora, a legislação em pauta muito nos assusta, pois aumentou ainda mais a discricionariedade das ações do Ministério Público.

Fizemos também um estudo das possibilidades futuras de aumento dos espaços de consenso, de modo que foram avaliados os projetos de lei que estão em análise nas casas legislativas federais. São eles: a) o PL 1.864/19, que introduz a barganha por meio da inclusão do art. 395-A no Código de Processo Penal; b) o PLS 156/09, que tem por finalidade uma reforma global do Código de Processo Penal e que, ao tratar do procedimento sumário, autoriza a realização de negociação entre o Ministério Público e o acusado; e c) o PLS 236/12, que trata do Novo Código Penal e, no artigo 105, prevê o instituto da barganha.

Entendemos que a Constituição Federal de 1988 consagrou um sistema processual penal democrático, acusatório, e baseado nos Direitos e Garantias Fundamentais, no qual o Ministério Público acusa e o acusado se defende. Trata-se, portanto, de um sistema adversarial, litigioso e acusatório.

Por outro lado, sabemos que, atualmente, esse sistema foi diversificado, uma vez que o Brasil, desde 1995, colocou em prática legislações alinhadas com o movimento de expansão dos espaços de negociação e que tem nos Estados Unidos o maior exemplo. Assim, o Brasil segue na direção da adoção do processo penal com viés utilitarista, abandonando o modelo epistêmico de processo, e passando-se a adotar um modelo consensual.

Concordamos que a justiça penal de soluções negociadas é, portanto, realidade na legislação brasileira e se traduz em acordos processuais penais que se prestam a evitar o oferecimento da ação penal e, no caso da suspensão condicional do processo, a encerrar de forma antecipada o processo-crime. Se o investigado/acusado cumpre as condições pactuadas, esses acordos implicam na extinção da punibilidade do fato sem qualquer juízo de mérito a respeito da sua culpa/responsabilidade.

Sabemos que não basta importar um modelo de decisão negociada, próprio de uma tradição que dispensa a tutela jurídica do Estado, e incorporá-lo, indiferentemente, às nossas práticas judiciárias. Concordamos que o Estado Brasileiro precisa repensar o seu sistema processual penal, o qual, mesmo sofrendo diversas alterações ao longo dos últimos anos, continua desatualizado.

Entretanto, precisamos encontrar um equilíbrio entre o Garantismo Penal e o Utilitarismo Penal, por meio de um amplo debate e da realidade brasileira, sem esquecer dos possíveis impactos no sistema e acreditamos que isto somente será alcançado com leis objetivas que não desconsiderem as garantias constitucionais conquistadas depois de muitas lutas e sacrifícios.

Pelos motivos expostos, entendemos que os mecanismos de barganha previstos no Instituto do *Plea Bargaining* violam Garantias Fundamentais como a presunção da inocência, o direito ao contraditório e criam poderes discricionários praticamente ilimitados para o Ministério Público, não sendo, portanto, compatíveis com o Texto Constitucional em vigor.

A pesquisa foi desenvolvida com base na orientação recebida, tendo sido consultadas as doutrinas disponíveis na internet, assim como a jurisprudência do STJ e do STF. Mister destacar que o afastamento social decorrente da pandemia COVID-19, causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, impactou negativamente na realização de pesquisas mais avançadas, uma vez que impediu o acesso às doutrinas físicas existentes nas bibliotecas especializadas; assim como levou a uma maior interação familiar e, conseqüentemente, a uma redução no tempo disponibilizado para o desenvolvimento da pesquisa.

Além disso, a “recente” aprovação da Lei 13.964/2019, a qual trouxe a criação, pela via formal e constitucionalmente prevista, de uma nova ampliação dos espaços de consenso na legislação brasileira, ao criar o Instituto dos Acordos de Não Persecução Penal, foi outro fator limitante para a pesquisa, pois a maioria dos artigos disponíveis na internet se baseavam no procedimento previsto em resolução do Conselho Nacional do Ministério Público e não na legislação infraconstitucional.

Podemos destacar que a pesquisa tinha a finalidade de apresentar um texto acadêmico que abordasse o aumento dos espaços de consenso e da justiça negocial no Direito Penal Brasileiro e isto foi plenamente atingido.

Finalmente, mister destacar que o estudo do Instituto do Acordo de Não Persecução Penal, pode ser muito aprimorado, à medida que a ferramenta for utilizada, e poderá servir de base para o estabelecimento de parâmetros para a criação de mecanismos de controles à discricionariedade do Ministério Público, sem, no entanto, implicar em quebra da autonomia daquela instituição.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal consensual: controvérsias e desafios** – 1. ed. – Salvador: JusPodivm, 2018.

ASSIS, João Francisco de. **Juizados especiais criminais**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 22, ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1941.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941.

_____. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 1995.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Lei das Organizações Criminosas**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 ago. 2013.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Pacote Anticrime.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 dez. 2019.

BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo: eficácia de cada um dos institutos.** 1. ed. Leme: JHMizuno, 2006.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUZA JR., Eliezer Siqueira de. **Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os Juizados Especiais Criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro.** Rev. de Pesquisa e Educação Jurídica, Maranhão, v. 3, n. 1, p. 57/74, Jul/Dez. 2017. Disponível em <http://indexlaw.org/index.php/rpej/article/download/2405/pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Lei dos juizados especiais criminais: comentada e anotada.** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal.** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** – 28 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. [ORGS.] **Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello.** – 2. ed. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica e outros. – 4. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. Stanford, Calif., Stanford University Press, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995** – 5 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____, Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento**. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2019.

PRADO, Geraldo. **Transação penal** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** – 27 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) premiada – 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUSA, Marlon. **Plea Bargaining no Brasil** – 2. ed. – Salvador: JusPodivm, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma proposta séria para fazer a plea bargain a sério!** Rev. Consultor Jurídico, ISSN 1809-2829, Fev. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/senso-incomum-proposta-seria-plea-bargain-serio>. Acesso em: 30 maio 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro** – 2. Ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

WILER, Tomaz. **Para advogado, plea bargain tem poucas chances de dar certo no Brasil.** Migalhas. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/quentes/304212/para-advogado-plea-bargain-tem-poucas-chances-de-dar-certo-no-brasil>. Acesso em: 07 setembro 2020.