



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA – ESAJ**

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – EXPRESSÃO DE JUSTIÇA
NEGOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Andréa de Souza Pontin

Rio de Janeiro
2019



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA – ESAJ**

Andréa de Souza Pontin

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – EXPRESSÃO DE JUSTIÇA
NEGOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Administração Judiciária.

Professor Orientador: Desembargador Cláudio D'Ortto

Professor Coorientador: Desembargador Luciano da Silva Barreto

Rio de Janeiro
2019



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA – ESAJ**

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – EXPRESSÃO DE JUSTIÇA
NEGOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Aprovada em ____ de _____ de 2019. Grau atribuído _____

BANCA EXAMINADORA:

Desembargador Luciano da Silva Barreto

Procurador da República José Maria Panoeiro

Orientador: Desembargador Cláudio Luís Braga dell’Orto

Rio de Janeiro
2019

Para minhas filhas Juliana e Mariana,
simplesmente amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por absolutamente tudo.

Aos meus pais, pelo dom da vida.

A Paulo Alberto Lafayette Pinto, por nossas filhas queridas.

À Desembargadora Kátia Maria Amaral Jangutta, pelo apoio, pelo carinho, pelo exemplo demonstrado na maneira como trata as pessoas, como serve ao Direito, como mulher que integra esta Corte.

Ao professor e orientador Desembargador Cláudio Luís Braga dell'Orto, por sua dedicação e confiança, por seu conhecimento jurídico e amor ao Direito, proporcionando de maneira única o enriquecimento dessa pesquisa.

Ao Desembargador Luciano da Silva Barreto, por ser tudo que se deseja de um Magistrado, sábio, atencioso, simples, digno, nobre.

Ao Magistrado Paulo Roberto Sampaio Jangutta, por todas as oportunidades, e, acima de tudo, pela amizade.

À ESAJ, por ter possibilitado uma experiência revigorante, recompensadora e, sobretudo, transformadora.

À equipe de funcionários da ESAJ, pela parceria, competência, paciência e atenção.

Aos meus professores, pelo conhecimento compartilhado.

Aos meus amigos de gabinete: Victor Mello de Assumpção Cardoso, Alessandra Filippo e Samuel Menezes Júnior, por simplesmente estarem ao meu lado.

Aos meus colegas de curso, companheiros de jornada, guardo-os no coração.

“Apenas se deveriam ler os livros que nos picam e que nos mordem. Se o livro que lemos não nos desperta como um murro no crânio, para quê lê-lo?”

Franz Kafka.

RESUMO

A justiça consensual vem se tornando uma realidade no cenário jurídico brasileiro. O presente trabalho discute o acordo de não persecução penal como uma modalidade de justiça negocial, seus requisitos, influências do direito negocial americano, papel do órgão ministerial e do juiz. Analisar-se-á de forma crítica a possibilidade de ser um instrumento de efetividade no combate as práticas criminosas menos graves. Nesse sentido, busca-se a compreensão do instituto e de seus aspectos polêmicos.

Palavras-Chaves: Justiça consensual. Acordo de não persecução penal. Justiça negocial. Direito negocial americano. Efetividade.

ABSTRAT

Consensual justice has become a reality in the Brazilian legal scenario. This paper discusses the non-prosecution agreement as a modality of business justice, its requirements, influences of US business law, the role of the ministerial body and the judge. The possibility of being an instrument of effectiveness in combating less serious criminal practices will be critically analyzed. In this sense, we seek the understanding of the institute and its controversial aspects.

Keyword: Consensual justice. Non-criminal prosecution agreement. Business justice. American business law. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PROCESSO PENAL À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	12
1.1. Direito penal como forma de controle social.....	13
1.2. Pena: forma de controle social.....	16
1.3. Sistema Penitenciário Brasileiro: abuso do encarceramento cautelar.....	20
2. NOVAS FORMAS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA.....	24
3. INFLUÊNCIA DA JUSTIÇA PENAL AMERICANA – PLEA BARGAINING E EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL.....	26
4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	34
4.1. A questão da constitucionalidade do acordo de não persecução penal.....	36
4.2. O acordo de não persecução penal e o órgão ministerial: princípio da obrigatoriedade da ação penal e a política criminal.....	39
5. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO PENAL.....	45
5.1 Requisitos do acordo de não persecução penal.....	47
5.2 Acordo de não persecução penal e justiça.....	50
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é refletir sobre o acordo de não persecução penal, como expressão da justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro, questionando-se a possibilidade de seu implemento trazer efetividade a realização dos objetivos político-criminais preventivos e de pretensão de justiça.

Procura-se demonstrar que o acesso à justiça constitui uma importante garantia constitucional, assecuratória do Estado Democrático de Direito, cuja previsão se encontra no artigo 5º, XXXV, da nossa Constituição Federal de 1988.

Observa-se que, no Direito Penal, a atuação estatal é bastante contundente, uma vez que vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da legalidade, insculpido no brocado *nullum crimen, nulla pena sine lege*, previsto no artigo 5º, XXXIX da nossa Constituição Federal.

Ocorre que, a aplicação da pena privativa de liberdade é realizada após um longo e cansativo processo penal. Além disso, é cristalino que o encarceramento não é capaz de solucionar satisfatoriamente o problema da criminalidade, que tem raízes profundas, sendo objeto de estudo multidisciplinar.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo buscando, de forma sintética, analisar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor orientador de todo o direito processual penal, destacando-se que o direito e a pena são formas de controle social.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo sobre as novas formas de justiça consensual.

Já o terceiro capítulo trata especificamente da influência do *plea bargaining* e a evolução da justiça negocial no Brasil.

No quarto capítulo se trata do acordo de não persecução penal, previsto na Resolução 181/2017, alterada pela Resolução nº 24/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público. O acordo de não persecução penal será examinado enquanto ajuste realizado entre o Ministério Público e o investigado, seus requisitos e condições de aplicabilidade e possíveis consequências no direito pátrio.

No quinto capítulo se tratará dos requisitos do acordo de não persecução penal e da justiça.

A pesquisa é desenvolvida pela metodologia dialética e pelos métodos analítico e dedutivo.

1. PROCESSO PENAL À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No romance “*O Processo*”, escrito por Franz Kafka, lançado em 1925, vivenciamos o drama de Josef K, que, num certo dia acorda com a polícia a sua porta, intimando-o a comparecer à Justiça para ser interrogado, mas o problema é que Josef K não sabe o que fez. A obra de Kafka nos mostra, de forma brilhante e inquietante, como pode ser doloroso e agonizante as agruras do processo criminal.

No Brasil, o moderno Processo Penal encontra seu alicerce na Constituição Federal de 1988, sendo que em nenhuma das constituições anteriores observamos tantas normas processuais penais como na nossa atual Carta Magna, sendo relevante destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal.

A própria introdução do princípio da duração razoável do processo no nosso ordenamento jurídico, com a Emenda Constitucional número 45 de 08 de dezembro de 2004, constitui expressão da dignidade que se deve dar a todas as pessoas que se socorrem do Poder Judiciário para verem assegurados seus direitos ou satisfeitas suas pretensões.

Aliás, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, aprovada em 26 de maio de 1992, através do Decreto Legislativo nº 27, já traçava diretrizes a serem observadas no processo, *in verbis*:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Assim é que, a entoação em nosso ordenamento jurídico da dignidade da pessoa humana, como valor moral e espiritual, constitui fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, do qual decorrem os demais princípios e garantias

processuais penais.

Deste modo, os princípios do devido processo legal, da legalidade, da intranscendência das penas, da não culpabilidade, da irretroatividade da lei penal mais gravosa, da individualização da pena, da ampla defesa e do contraditório, a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante, a proibição das penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis, da excepcionalidade da prisão e a restrição da pena de morte ao tempo de guerra declarada, ou seja, todo o arcabouço que sustenta o Direito Processual Penal Brasileiro existe para nos salvaguardar.

Porém, quando lemos a primeira frase do livro o Processo de Kafka “(...) alguém certamente havia caluniado Josef K. pois uma manhã ele foi detido sem ter feito mal algum (...)”, um sentimento angustiante penetra nossas almas, ecoando que nossa dignidade pode não estar tão salvaguardada assim. (KAFKA, 2006, p. 13).

A Justiça sem a luz da consciência pode causar dor e sofrimento as pessoas. É preciso pensar no Processo Penal como um ramo jurídico que priorize os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

1.1. Direito penal como forma de controle social

Não obstante a necessidade de se realizar a justiça penal à luz dos direitos e garantias fundamentais, o homem possui uma inegável natureza apaixonada e egoísta, e, por isso inclinado a saciar suas paixões. Ocorre que, a vida em sociedade demanda regramento, controle, é preciso conter nossos instintos, é preciso aprisionar nossos desejos, é necessário proteger nossas organizações, nossas estruturas.

Se por um lado temos a necessidade de satisfazer nossos desejos, por outro, ansiamos por segurança, precisamos nos sentir protegidos uns dos outros, ou,

ainda, de nós mesmos.

Desse modo, o controle social faz parte de toda e qualquer sociedade, podendo se dar de maneira informal ou formal, sendo que a primeira ocorre desde a mais tenra idade, no seio da família, passando pela escola, pelas religiões e, sobretudo, pela coletividade da qual o indivíduo fará parte ao longo da sua vida.

Mas, mesmo esse controle realizado pelas instituições informais pode falhar, não dando conta de todas as idiosincrasias, de todos os males que o ser humano pode causar. A natureza humana nem sempre é tão facilmente domada. Habita na raça humana uma centelha transgressora, libertina, audaciosa.

Nesse momento, temos o controle social formal, realizado pelo Estado, de forma coercitiva, de maneira impositiva. Alguns bens são extremamente essenciais para a sociedade, merecendo especial proteção.

Nas lições do autor Paulo Gustavo Guedes Fontes,

O direito é um meio de controle social, estabelecendo regras de conduta necessárias à vida em sociedade. Essas regras distinguem-se das demais normas de controle social, como aquelas derivadas da moral e da religião, por serem coercitivas, garantidas em última instância pela força física exercida e monopolizada pelo Estado. (FONTES, 2014, p. 10)

Quando é violada uma norma jurídica, temos uma sanção organizada, o Estado preestabelece as sanções a serem aplicadas.

No caso do Direito Penal, temos a função de proteger os bens jurídicos mais importantes, mais elementares para a sociedade em uma determinada época, tutelando os bens jurídicos que a sociedade não admite de forma alguma serem violados.

Segundo o autor Nilo Batista em sua obra Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro “O direito penal vem ao mundo (ou seja é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de

determinada maneira” (BATISTA, 2011, p. 19).

Ensina, ainda, o autor que “(...) a função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função conservadora ou de controle social.” (*idem*)

É bem verdade que o Direito Penal só deve intervir como *ultima ratio*, quando os demais mecanismos de controle social não se revelarem suficientes na proteção dos bens jurídicos mais importantes, uma vez que constitui forma extremamente gravosa para os indivíduos, podendo privá-los de sua liberdade.

De acordo com Cezar Bitencourt:

O direito penal protege, dentro de sua função ético-social, o comportamento humano daquela maioria capaz de manter uma mínima vinculação ético-social, que participa da construção positiva da vida em sociedade por meio de família, escola e trabalho. O direito penal funciona num primeiro plano, garantindo segurança e a estabilidade o juízo ético-social da comunidade, e, em um segundo plano, reage, diante do caso concreto, contra a violação ao ordenamento jurídico-social com a imposição da pena correspondente. Orienta-se o direito penal segundo a escala de valores da vida em sociedade, destacando aquelas ações que contrariam essa escala social, definindo-as como comportamentos desvaliosos, apresentando, assim, os limites da liberdade do indivíduo na vida comunitária” (BITENCOURT, 2013, p.8.).

Assim é que, o Estado assume esse controle social, sendo seu monopólio o exercício da jurisdição. O processo surge como instrumento para que se evite a vingança feita pelas próprias mãos, sendo, portanto, garantia de suma importância para manutenção do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, ainda que seja o processo uma garantia constitucional, podemos percebê-lo também como um instrumento de controle social, não se podendo dissociá-lo da história da pena.

Temos que, hoje, ao término da instrução criminal havendo uma sentença penal condenatória, será aplicada pelo Estado-juiz uma sanção que, no campo do

Direito Penal é uma pena.

Assim, em que pese o sistema de determinação de pena não ser o objeto deste estudo, necessário mencioná-lo para se compreender a evolução da denominada justiça negocial, da qual o acordo de não persecução penal faz parte.

1.2. Pena: forma de controle social

Segundo Rogério Sanches, pena:

É espécie de sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade. (SANCHES, 2019, p. 452).

As razões pelas quais se justificam a aplicação da pena no nosso ordenamento jurídico são complexas, sendo que Luiz Flávio Gomes e Antônio Garcia-Pablos de Molina assim anunciam:

1. Do ponto de vista político-estatal a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficiência diante das infrações. 2. Desde a perspectiva psicossocial a pena é indispensável porque satisfaz o anseio de justiça da comunidade. Se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa (vingança privada), próprias de etapas históricas já superadas. (2009, p. 459).

Por sua vez, Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, precursor da denominada escola clássica, que escreveu a obra *Dei Delitti e delle pene*, sustenta que a finalidade da pena é impedir que o agente continue a delinquir, bem como prevenir a prática da infração penal, devendo ser observada a proporcionalidade, nos seguintes termos:

É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de

aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito do homem, e a menos tormentosa no corpo do réu” (BECCARIA, 1999, p. 52).

Note-se que as finalidades ou funções da pena foram objeto de vários estudos ao longo da história, sendo, ainda, necessário se questionar qual a sua finalidade? O que se objetiva com a sanção aplicada ao cidadão que viola a lei penal?

É preciso compreender que não se pode reduzir a finalidade da pena a uma só razão de ser. A finalidade da pena, além de retributiva, é também preventiva. Há na pena o objetivo de afirmar o Direito Penal perante a sociedade, punindo aquele que comete uma infração penal.

Todavia, não se pode negar que a pena tem uma função intimidatória, o Estado se vale da pena para intimidar os cidadãos a não transgredirem a lei penal, podendo-se perceber na pena também uma forma de controle social.

Para o jurista alemão Winfried Hassemer “a pena, como instrumento mais violento de controle social, pela ausência de outros, não tem apenas um fim intimidatório, mas para assegurar normas influenciando em outros processos de controles social” (CAMARGO, 2002, p. 52).

A teoria unitária dialética de Claus Roxin, um dos mais atuais e influentes juristas da Alemanha, entende que há uma “prevenção geral positiva”, sendo materializada na aprendizagem, motivada sociopedagogicamente, o exercício para a confiança do Direito e a pacificação “prevenção integradora” (*ibid*, p. 53). A pena, portanto, teria fins positivos, valendo-se do princípio da subsidiariedade do Direito Penal e do princípio da culpabilidade, sendo possível, inclusive, a fixação de pena menor que a culpabilidade, desde que recomendável ao infrator e a sociedade.

Por sua vez, o filósofo e professor de Direito Penal, GUNTER JAKOBS, entende que:

A partir de uma teoria sistêmica, de cunho normativo, atribui à pena, não uma função retributiva, negativa, mas, de modo positivo, se

apresenta como uma demonstração da vigência da norma por conta de um responsável, e tem por finalidade estabilizar a norma lesionada". (*ibid*, p. 55).

A nossa Constituição da República de 1988, no artigo 5º, XLVI dispõe que são espécies de pena: a) privação ou restrição de liberdade, b) perda dos bens, c) multa, d) prestação social alternativa e, e) suspensão ou interdição de direitos.

No Brasil, a pena pode ser cumprida por meio da pena privativa de liberdade, da pena restritiva de direitos e da pena de multa, consoante o artigo 32 do Código Penal. A pena privativa de liberdade é aquela que ataca diretamente o direito fundamental à liberdade de trânsito das pessoas, impondo-se sobre elas o aprisionamento físico, aplicada às infrações penais mais graves, podendo ser de reclusão e de detenção. Já as contravenções penais possuem previsão de prisão simples como privativa de liberdade.

As penas privativas de liberdade são cumpridas na modalidade de reclusão e detenção, sendo que em relação às penas de detenção, em regra, só podem ser cumpridas em regime aberto ou semiaberto.

Por sua vez, o artigo 44 do Código Penal estabelece as chamadas penas restritivas de direitos que são: a) prestação pecuniária, b) perda de bens e valores, c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, d) interdição temporária de direitos e limitação de final de semana.

Registre-se que nada obsta que leis especiais prevejam outras modalidades de restrição de direitos, assim como no caso concreto, que o magistrado faça a conjugação que julgar pertinente à situação concreta.

Sobre as penas restritivas de direitos, espécies de pena alternativa, seguindo tendência moderna do Direito Penal, cabe citar as lições de Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito:

Evidentemente, a pena privativa de liberdade e a multa privam o sujeito de importantíssimos direitos, constitucionalmente tutelados (a

liberdade e o patrimônio). Todavia, o marco de sanções prevê a privação de outros direitos através da pena, pois desta forma alcançam-se mais corretamente os objetivos da prevenção geral e especial. Trata-se de hipóteses muito heterogêneas. Chegou-se a contestar a natureza jurídica destas sanções, pois, discute-se, se são penas ou medidas de segurança. Contudo, cremos estar diante de autênticas penas, já que seu fundamento radica na culpabilidade e não na periculosidade do sujeito. Por outro lado, trata-se de sanções política-criminalmente necessárias, porque permitem cobrir espaços que requerem uma resposta penal, mas que pode resolver satisfatoriamente por meio de alternativas à pena privativa de liberdade. (OLIVÉ, 2011, v.1. Parte Geral).

O artigo 49 do Código Penal trata da pena de multa, cujo valor é calculado em dias-multa, sendo o mínimo de dez e o máximo de trezentos e sessenta.

É importante relatar que o rol das espécies de pena não é taxativo, sendo possível a implementação de outras modalidades de pena, ressalvado as penas de morte, salvo guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, a teor do artigo 5º, XLVI da Constituição da República.

Ocorre que, no Brasil a aplicação da pena está longe de atingir suas finalidades, o caráter preventivo é questionável, diante do gritante aumento da criminalização, a função reeducativa não demonstra frutos na prática, já que aqueles que saem das penitenciárias acabam por retornar às práticas delitivas. E quanto à função intimidativa, a crise das instituições públicas fazem a população desacreditar em seus gestores e representantes.

Soma-se o fato de ser conhecida a deficiência das condições do sistema prisional brasileiro, que funciona em condições desumanas. Há uma superlotação, com *déficit* de vagas, impossibilitando que os presos tenham uma cela individual. Os encarcerados não são vistos como sujeitos de direitos, mas tratados como coisa, o que impede que a pena atinja sua função ressocializadora.

Assim, a questão referente às deficiências do sistema penitenciário é relevante, sendo a implementação da justiça consensual uma das possíveis alternativas de solução apresentadas na atualidade.

1.3. Sistema Penitenciário Brasileiro: abuso do encarceramento cautelar

De acordo com o relatório do INFOPEN, referente ao ano de 2017, publicado em 8 de dezembro do mesmo ano, constatamos que o Brasil possui uma das mais numerosas populações carcerárias entre os países pesquisados. Segundo os dados obtidos, 726.712 pessoas se encontravam presas até o ano de 2017, sendo que, quase 690.000 estavam nos sistemas penitenciários estaduais, aproximadamente 36.000 em secretarias de segurança ou carceragens de delegacias e cerca de 400 em prisões federais, para um total de 368.049 vagas existentes à época (<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em nov/2019).

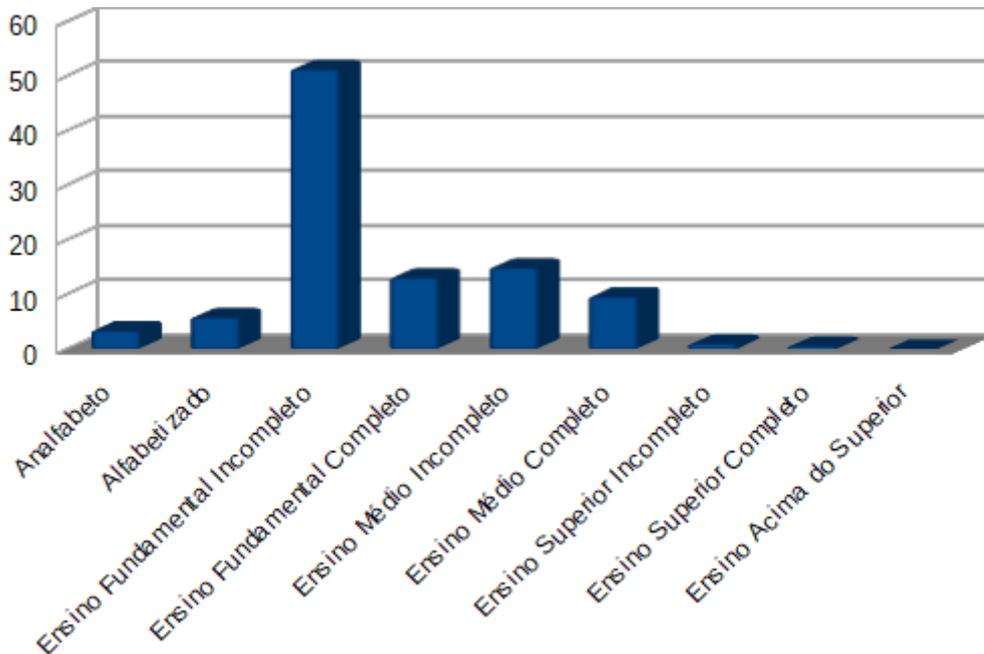
Tal realidade é extremamente preocupante, ainda mais quando ponderamos que a superpopulação prisional é de conhecimento do poder público, e que esse problema já assola o país há décadas.

Sobressai, ainda, o fato de que o Brasil possui cerca de 37,5% de pessoas presas sem condenação, o que revela intolerável violação à dignidade da pessoa humana, vetor central de nossa Constituição Federal.

Além disso, analisando o grau de escolaridade das pessoas privadas de sua liberdade no Brasil verifica-se que 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 14,9% com Ensino Médio Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5%. Ao analisarmos os dados de escolaridade da população brasileira, obtidos a partir da PNAD Contínua 2017, percebemos que não há uma representação no sistema prisional dos mesmos graus de escolaridade observados na sociedade brasileira. No sistema penitenciário, mais da metade das pessoas custodiadas possuem baixa escolaridade, ao passo que entre a população brasileira percebe-se maior dispersão entre todos os níveis educacionais.

Assim, o gráfico abaixo pode nos ser revelador de uma triste realidade.

Gráfico 18. Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017.

Podemos atentar, então, que os problemas do sistema prisional brasileiro não dizem respeito tão somente a falta de unidades carcerárias, mas também a falta de comprometimento do Estado em combater a criminalidade.

A falta de educação, a pobreza absurda, a desigualdade social, sem dúvida, se não são as únicas causas, certamente são relevantes no fomento da criminalidade.

O sistema penal brasileiro é seletivo, estigmatizador e discriminador, o processo e a execução penal não constituem meio para a reintegração social, não atingindo a pena a finalidade ressocializadora a qual se destina.

O Estado dita as condutas que são consideradas crime, a conduta típica é aquela descrita em um tipo penal, mas, na verdade, o mesmo Estado não cria condições para que o cidadão não opte pela prática criminosa como alternativa para sua sobrevivência.

Infelizmente, o que se nota é que as prisões no Brasil não desempenham da

maneira que deveriam sua função, sendo o encarceramento uma sentença condenatória perene ao preso, principalmente ao preso pobre e sem escolaridade, que não encontra outro caminho a não ser voltar para o crime, ou, até mesmo não sair dele.

Como bem pontua o doutrinador Bitencourt: “Um dos obstáculos à ideia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário – entendido como conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados- o interno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. E mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação à sua família, ao próximo e à sociedade. Na verdade a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: Causas e alternativas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.138).

Não se pode negar que com o advento da LEP, temos o ideal de ressocialização estampado em seu artigo primeiro que dispõe: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Entretanto o ambiente carcerário, as condições desumanas a que são submetidos os presos, a falta de higiene, a ausência de políticas que permitam aos detentos trabalhar e estudar, os elevados índices de reincidência demonstram que os objetivos da pena ficaram no papel.

Na verdade, pensar em uma justiça consensual não deixa de ser uma iniciativa de política criminal, uma vez que o nosso sistema carcerário não demonstra ser capaz de ressocializar os presos.

Assim, a possibilidade de realização de uma justiça consensual para os crimes de menor gravidade, é medida que se impõe, demonstrando ser uma alternativa a morosidade do Judiciário e uma maneira de se evitar prisões desnecessárias.

A resposta para o crime, então, tem sido objeto de releitura, uma vez que todo o Processo Penal deve ser compreendido à luz da dignidade da pessoa humana, o que vem trazendo para o cenário jurídico as chamadas Justiças Restaurativa, Reparatória e Negociada.

2. NOVAS FORMAS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA

Prosseguindo na obra *O Processo* de Kafka, podemos sentir a indignação inicial de Josef K., que anseia por respostas. Percebemos que as pessoas em torno do protagonista vão pouco a pouco sabendo de seu processo e, ainda, que não se diga de forma taxativa, inferimos o quão eloquente é o sofrimento de Josef K.

O moderno processo penal, calcado no Estado democrático de direito, também se destina a dar respostas. A sociedade espera uma resposta do Estado, no sentido de que não somente seja punido aquele que viola e ameaça à paz social, como também que seja restaurada a segurança ameaçada por aquele infrator.

O Estado brasileiro com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, em 1992, e a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998, assumiu o compromisso de criar legislações e medidas que respeitassem os direitos humanos.

É bem verdade que o Estado Brasileiro tem feito esforços no sentido de que sejam rechaçadas prisões ilegais, revestidas de arbitrariedade, ou, ainda desnecessárias, mas, ainda assim, há uma eloquente descrença da sociedade brasileira em relação à eficácia das penas.

Até porque, nos últimos anos, nosso país tem convivido com terríveis escândalos relacionados à corrupção, havendo uma crise moral em nossa nação, sendo rompidos os laços de confiança, credibilidade e respeito que deve haver entre os cidadãos e as autoridades.

A obra *O espírito das leis*, de Montesquieu, foi publicada em 1748, mas seus ensinamentos continuam perfeitamente atuais “a corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção dos princípios” (2010, p. 121).

Carvalhosa considera que a corrupção “constitui uma crise moral do Estado que rompeu os laços de confiança entre a cidadania e as autoridades”. (Carvalhosa,

p. 83).

O que se verifica, na realidade, é que a função de contenção das práticas criminosas não foi diminuída ao longo dos anos no Brasil, sendo relevante destacar que há inúmeros elementos extrajurídicos que certamente influenciaram o aumento da criminalidade, tais como, pobreza, impunidade, ausência de políticas sociais, corrupção entre outros.

Mas é preciso pensar em soluções, a natureza humana não pode ser tão somente esplendorosamente má, entregar-se ao pessimismo, ao esvaziamento, ao conformismo também não se amolda ao homem. Há algo que nós humanos certamente somos: sobreviventes.

Assim é que as formas de resposta ao cometimento de uma infração penal foram se transformando no cenário jurídico do Brasil e do mundo. O clássico sistema processual penal foi sendo pouco a pouco mitigado. Novas construções de justiça foram idealizadas e aplicadas, novas formas de aplicação da pena, influenciadas por outros sistemas jurídicos.

A sobrecarga de trabalho nas cortes brasileiras, a busca pela eficiência, influenciadas em especial pelo *plea bargaining* fizeram com que a justiça consensual fosse ganhando espaço no nosso ordenamento jurídico, inserindo-se o acordo de não persecução penal nesse cenário, objeto do presente estudo.

3. INFLUÊNCIA DA JUSTIÇA PENAL AMERICANA – PLEA BARGAINING E EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL

O acordo de não persecução penal, objeto da pesquisa deste trabalho, recebeu notória influência do *plea bargaining* realizado nos Estados Unidos, razão pela qual se fará uma breve explanação a respeito do instituto.

Não obstante a importância dessa prática no sistema legal dos Estados Unidos, o que significa a expressão *plea bargaining*?

A organização não-governamental Fair Trials conceitua *plea bargaining* como:

Um acordo negociado oferecido pelo promotor pelo qual um acusado confessa sua culpa e abre mãos do direito a um julgamento presidido por um juiz ou pelo Júri, em troca de um benefício, uma sentença reduzida ou o não oferecimento de certas acusações” (Fair Trails, defending the human right to a Fair Trail: What is Plea Bargaining? A Simple Guide (Oct. 16, 2017 4:02 PM), <https://www.fairtrials.org/what-it-plea-bargaining-a-simple-guide/>.)

Plea bargaining é o acordo formulado entre acusação e réu, por meio do qual este confessa, de forma voluntária, a prática de uma infração penal (*guilty plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício oferecido pelo promotor de justiça, que pode ser o reconhecimento de um crime menos grave, a retirada de uma ou mais infrações imputadas ou a recomendação ao magistrado para a aplicação de uma sanção menos severa, evitando-se o processo.

Segundo o autor Pedro Soares de Albergaria,

É a negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*) (Plea bargaining aproximação à justiça negociada nos EUA, p. 19).

O *plea bargaining* se divide em três modalidades: *charge bargaining*, *sentence*

bargaining e forma mista.

O *charge bargaining* é a modalidade em que o acusado confessa ou deixa de questionar a prática delitiva, o que, por conseguinte, faz com que o promotor de justiça assuma o compromisso de atenuar a pena ou alterar a classificação do crime. Ex. Deixar de ser latrocínio e passa a ser homicídio culposo, o que no nosso ordenamento jurídico, tiraria a etiqueta de crime hediondo.

No *sentence bargaining* o acusado confessa a prática delitiva ou não a discute, mediante o compromisso do promotor de justiça de recomendar ao magistrado competente a aplicação de uma sanção menos severa, podendo haver o livramento condicional, a suspensão da pena ou outro benefício.

A terceira forma, é a mista em que se combina as duas modalidades anteriores a depender do caso concreto. Abrange tanto a imputação quanto penas e consequências do delito.

Há grande discussão quanto à aplicação do *plea bargaining* no sistema penal americano, pois embora o instituto represente a certeza da punição do acusado e, para esse o recebimento de uma sanção mitigada e mais branda, aumenta-se a possibilidade de erro judicial, uma vez que não há instrução criminal.

Ademais, muitos percebem no *plea bargaining* uma justiça feita como se fosse um balção de negócios.

Nesse sentido, Miguel Reale Jr.:

Com dados absolutamente fluidos, inseguros, mesquinhos constantes do Termo Circunstanciado, o Ministério Público propõe ao indigitado, autor do fato uma transação, na qual negocia com a sua liberdade. O que é indisfarçável, no entanto, é que se restringe a liberdade ao se reconhecer que houve a prática de um crime, do qual se considera alguém autor e que, sem prova produzida em Juízo e sem a participação da defesa, sofre, na transação, por sentença judicial, uma pena prevista no Código Penal. Não reconhecer o caráter condenatório desta decisão que homologa o acordo e impõe a pena é fechar os olhos para a realidade. Nos crimes de menor

potencial ofensivo utiliza-se todo o potencial ofensivo de desrespeito aos direitos básicos do cidadão exemplarmente proclamados exatamente no processo penal, como única arma contra o autoritarismo, conta o pior dos autoritarismos, aquele que vem disfarçado como tutela dos vulneráveis para mais facilmente lhes cooptar a adesão passiva a uma punição sem provas e sem processo. (REALE, 2008, p. 289-310)

O Brasil, entretanto, ao contrário dos Estados Unidos, tem tradição de justiça conflitiva, que é aquela em que temos crime, inquérito, denúncia e processo, sendo a Defesa e a Acusação colocadas em sentidos opostos e antagônicos.

Todavia, como o sistema penal tradicional de aplicação de pena privativa de liberdade não obteve sucesso nas finalidades que deveriam atingir, foi sendo, pouco a pouco, estabelecida no nosso ordenamento jurídico a denominada justiça consensual.

A Justiça Consensual se classifica em três espécies: restaurativa, reparatória e negociada.

A Justiça Restaurativa é baseada num procedimento de consenso envolvendo autor e vítima, que diante de um crime procuram uma solução, perpassando pela restauração, ou seja, pela reaproximação das partes envolvidas.

Temos, hoje, no Brasil, aplicação da justiça restaurativa no Direito Civil, nos Juizados da Infância e da Juventude, mas, ainda não temos lei edificando a justiça restaurativa no Direito Penal.

A seu turno, a Justiça Reparatória se faz por meio da conciliação promovida pelos órgãos integrantes do sistema criminal, como ocorre na transação penal e nos termos do ajustamento de conduta.

No Brasil o advento da Lei 9099/95 constituiu importante instrumento de justiça consensual, podendo se observado em seus institutos despenalizadores a presença de predicados de um negócio.

O escopo dos Juizados Especiais Criminais foi propiciar uma justiça criminal mais rápida e amoldada ao Estado Democrático de Direito. Os institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9099/95 são prova de um novo sistema de justiça pactual.

A suspensão condicional do processo, possível nos crimes cuja a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, 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 outros crimes, e considerados os demais requisitos, traduzindo, portanto, contornos de justiça negociada.

No que concerne ao instituto da transação penal, percebemos uma maior expressão do direito penal consensual, onde nos chamados crimes de menor potencial ofensivo, os quais possuem pena máxima em abstrato de até dois anos, ou nas contravenções penais, o órgão acusatório e o autor do fato, com a finalidade de impor o cumprimento de penas restritivas de direito ou multa, evitam os males inerentes ao processo criminal.

Repara-se que também na composição civil encontramos predicados de justiça reparadora, uma vez que, por meio da conciliação, se busca a reparação do prejuízo sofrido pela prática da infração penal.

Na própria reforma do Código de Processo Penal de 2008, ao permitir ao magistrado antecipar a reparação de indenização de danos materiais, percebemos a presença da justiça reparatória.

Já na Justiça negociada, proveniente do direito americano, o agente e o órgão acusador convencionam sobre a prática criminosa, havendo a admissão de culpa. Essa admissão de culpa é o que difere a justiça negociada da justiça reparatória.

Observa-se que na suspensão condicional do processo e na transação penal o acusado não admite culpa, aplicamos o princípio do *nolo contendere*, em que não se

discute a culpa, por conseguinte, na transação penal e na suspensão condicional do processo não há reincidência.

Hodiernamente, a justiça negociada tem obtido plena aceitação, não só nos Estados Unidos, onde é uma realidade, como em outros países. A aplicação de acordos penais nos casos de infrações penais menos graves traz bons resultados e tem se expandido.

A justiça negociada, desde que aplicada da forma devida, pode trazer bons resultados. Como observa Timothy Sandefur “o fato de um procedimento poder ser utilizado abusivamente não o torna inconstitucional ou imoral. Se ele apresenta falhas, o caos é de reforma, não de abolição” (In: *Defense of Plea Bargaining Regulation*, p. 28).

A possibilidade de o acusado abandonar a posição de resistência frente a pretensão acusatória, estabelecendo concessões recíprocas são uma tendência, sendo que o *plea bargaining* serviu de inspiração para a criação do acordo de não persecução penal.

Assim, como já se expôs, a entrada em vigor da Lei 9099/95 foi um marco no ordenamento jurídico. Os institutos da composição civil de danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo são, sem dúvida, expressões da justiça consensual.

Pode-se observar que nas últimas décadas foram elaboradas várias leis prestigiando a justiça consensual. A própria Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) no artigo 8º, parágrafo único, traz a colaboração premiada, possibilitando ao participante a obtenção da redução da pena, caso revele à autoridade a associação criminosa e, por conseguinte se obtenha o seu desmantelamento. A mesma lei possibilitou, ainda, o mesmo benefício ao coautor do crime de extorsão mediante sequestro, ao incluir o §4º no artigo 159 do Código Penal.

O instituto também foi previsto na Lei 9.080/1995, que modificou a Lei

7.492/1986 (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional), ao estabelecer no artigo 25, §2º, a possibilidade de o coautor ou partícipe revelar à autoridade policial ou judicial a empreitada criminosa, conseguindo a redução de um a dois terços.

Temos, ainda, a Lei de proteção a vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99), que trouxe benefícios legais aos réus colaboradores, com a peculiaridade de ser aplicável a qualquer tipo de crime, bem como a Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998) contemplou o instituto da colaboração premiada, no artigo 1º, §5º, posteriormente modificado pela Lei 12.683/2012.

Além dessas, a Lei 11.343/06 no artigo 41 trouxe a possibilidade de mitigação da pena daquele que voluntariamente contribuir com a investigação e o processo criminal, enquanto que a Lei 12.529/2001, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no artigo 87, permite ao CADE fazer acordo de leniência “*que impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência*”, extinguindo-se a punibilidade se cumprido o acordo. Já a Lei 12.850/13 – Lei das Organizações Criminosas detalhou o instituto da colaboração premiada.

Para as infrações de menor potencial ofensivo temos a Lei 9.099/95, com seus institutos despenalizadores, enquanto que para as infrações de maior potencial ofensivo, como as organizações criminosas, temos a colaboração premiada, que também admite a justiça negocial colaborativa.

A discussão é tão atual que entre as medidas anticrime apresentadas pelo Ministro Sérgio Moro, temos uma variação do “*plea bargaining*” no sistema penal brasileiro.

Note-se que o próprio projeto do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 156/2009) apresentado ao Senado Federal em 22 de abril de 2009, amplia a possibilidade de acordo entre o Ministério Público e o acusado, para os crimes com pena máxima de até oito anos.

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério

Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que 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 privativa de liberdade 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 3º 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 privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

De acordo com o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Começa-se a relativizar os interesses, transformando-os de coletivos em individuais típicos, logo, disponíveis. A partir disso, ouve-se mais a vítima. Transforma-se o embate entre agressor e agredido num processo de conciliação, possivelmente, até, de perdão recíproco. Não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado. A ação penal passa a ser, igualmente, flexibilizada, vale dizer, nem sempre obrigatoriamente proposta. Restaura-se o estado de paz entre pessoas que convivem, embora tenha havido agressão de uma contra a outra, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público (CPP, p. 70-71).

Segundo Luiz Flávio Gomes Molina e Antônio Garcia-Pablos dentro desse

modelo caracterizado pelo consenso, é possível identificar outros submodelos: **modelo reparador** – a reparação de danos é o cerne desse sistema, ocorrendo principalmente pela conciliação; **modelo pacificador restaurativo** – busca a conciliação social do conflito, inserindo-se aqui o modelo de justiça restaurativa; **modelo de justiça negociada** – que tem por base a confissão do delito, com o estabelecimento de um acordo entre o acusado e o órgão ministerial, realizando-se por meio do *plea bargaining*, **modelo de justiça colaborativa** – o consenso tem por objetivo obter a colaboração do acusado, em troca de algum benefício, inserindo-se aqui a colaboração premiada (GARCIA-PABLOS, 2012, p. 398)

O fato é que o modelo de justiça penal consensual foi ganhando espaço nos mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo, sendo que a negociação penal, como alternativa ao cumprimento de pena prisional, embora receba críticas, tornou-se uma realidade.

4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução 45/110, conhecida como as Regras de Tóquio, buscou alternativas para as lides penais, recomendando a implementação de medidas alternativas antes do processo.

Nesse sentido, o item 5.1 da referida Resolução, recomenda que:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado. (CNJ, 1990).

Em 07 de agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 181 que “dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público”.

A Resolução vem ao ordenamento jurídico brasileiro com o espírito de justiça consensual, sendo o acordo de não persecução penal uma ferramenta moderna, trazendo predicados de política criminal.

Trata-se de um negócio jurídico-processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado confesso de crime praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa que autoriza o arquivamento da investigação preliminar, possível se esse investigado atender a certas condições pessoais, e assumir o compromisso de cumprir medidas semelhantes as penas restritivas de direitos.

Segundo Renato Brasileiro:

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial,

necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, devidamente assistido por defensor, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida. (2019, p. 200)

De acordo, ainda, com o supramencionado autor os fatores que justificaram a criação do Acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico são:

a) a exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais. (*idem*).

Mas o que significa essa autorização de não persecução penal no nosso ordenamento jurídico? É possível que o acordo de não persecução penal seja um instrumento eficiente de Justiça Negocial?

Consoante o voto do Relator da PROPOSTA Nº 1.00927/2017-69, originária da RESOLUÇÃO Nº 183, de 2018,

Como já debatido no âmbito da Resolução nº 181/2017, busca-se uma solução institucional para resguardar a persecução penal em juízo efetivamente para crimes mais graves. É, inclusive, determinação veiculada na ADPF 347 (MC) – a que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. (Trecho do voto do CONSELHEIRO RELATOR LAURO MACHADO NOGUEIRA).

De acordo com Rodrigo da Silva Brandalise e Mauro Fonseca Andrade:

A depender do modelo de definição dos consensos, o acordo de não persecução penal funciona como uma espécie de diversão, opção de política criminal usada para resolução dos processos usada para resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo criminal, e que consistem na solução antes de qualquer determinação ou declaração de culpa. A diversão pode ser de três espécies: 1) Diversão simples: a despeito

da presença de inícios de autoria e/ou participação e prova da materialidade do delito, o processo é arquivado sem a imposição de quaisquer obrigações ao acusado, porquanto a persecução penal seria absolutamente inócua; 2) Diversão encoberta: dar-se-á a extinção da punibilidade se o autor do fato delituoso praticar determinados atos, que impossibilitem a deflagração da persecução penal, como por exemplo, a composição dos danos civis (Lei n. 9099/95, artigo 74, parágrafo único); 3) Diversão com intervenção: o investigado/acusado fica sujeito ao cumprimento de certas condições. Se cumpridas de maneira regular, o procedimento investigatório será arquivado, ou o processo será extinto. É o que ocorre não apenas no caso do acordo de não persecução penal, mas também nos casos de transação penal e suspensão condicional do processo. (2018, p. 237).

Todavia, o acordo de não persecução penal sofre críticas em virtude de não estar previsto em lei, mas em uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

4.1. A questão da constitucionalidade do acordo de não persecução penal

Mas o fato de o acordo de não persecução penal no nosso ordenamento jurídico ter sido implementado via resolução do Conselho Nacional do Ministério Público viola a constituição? Seria necessário sua implementação através de lei?

De acordo com o artigo 130-A, §2º, inciso I, da Constituição da República compete ao Conselho Nacional do Ministério Público “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências*”.

Assim, é que o Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento na acepção de que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça e, por conseguinte as do Conselho Nacional do Ministério Público possuem “caráter normativo primário” (ADC 12 MC).

Desta forma, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público possuem poder de “expedir atos regulamentares. Esses, por sua vez são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e

obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão” (Supremo Tribunal Federal – MS 27621, Relator Min. Carmen Lúcia Relator para Acórdão. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011. Acórdão Eletrônico DJE-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012.

O doutrinador Justen Filho expõe que o Supremo Tribunal Federal admitiu que o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público possuem competência para expedição de regulamentos autônomos.

Para o autor:

Esse entendimento foi adotado pelo STF, ao julgar o ADC 12. O STF considerou válida a Res. 7 do CNJ, que impusera vedação ao nepotismo no Poder Judiciário. Essa decisão afastou a necessidade de lei para regulamentar a disciplina constitucional. O STF reputou que a omissão do legislador não constitui obstáculo à edição de normas regulamentares destinadas a tornar efetivas determinações constitucionais. Sob esse prisma, a questão deixa de ser decidida segundo um critério formal (natureza de ato – legislativa ou administrativo – veiculador de normas para ser avaliada em face de um critério material (conteúdo das normas constitucionais concretizadas). Assim, a figura do regulamento autônomo adquire extrema relevância nas hipóteses de omissão legislativa referida a temas essenciais à Constituição. (2015, p. 218).

Para os autores Rogério Sanches e Renee do Ó Souza, o acordo de não persecução penal é um instituto benéfico ao réu, que não sofrerá uma sentença penal condenatória contra si (<http://meusitejuridico.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal>).

Mas não seria o acordo de não persecução penal uma norma processual cuja competência privativa para legislar foi conferida a União, nos termos do artigo 22 da Constituição?

O acordo é um negócio jurídico extrajudicial, não envolvendo o oferecimento da denúncia, defesa prévia, produção de provas e prestação jurisdicional, não havendo, portanto, que se entender o instituto como norma processual.

Conforme já salientou o Supremo Tribunal Federal:

São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus a que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição. (STF – ADI 2970, Relator Min. Ellen Gracie Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2006. DJ 12-05-2006 PP-00004EMENTVOL02231-01PP-00163RTJVOL-00200-01PP-00056RDDP n.40,2006,p. 155-160 LEXSTFv. 28,n330, 2006, p.50-60 RT v.95, n851.2006,p. 452-458).

Ademais, nossa Suprema Corte já se pronunciou na acepção de que as normas que regem o procedimento investigatório criminal, não se submetem à cláusula do artigo 22, inciso I, da Constituição (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADI 2970, Relator(a) Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2006, DJ 12-05-2006 PP -0000-4 EMENT VOL-O2231-01 PP-00163 RTJ VOL-00200-01 PP-00056RDDP n. 40, 2006, p. 155-160 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 50-60 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 452-458).

Contudo, a questão é tormentosa no mundo jurídico, para o Juiz Federal Criminal Silvio Gemaque, o acordo de não persecução penal surgiu num contexto apressado de adaptação do nosso Direito ao sistema *common law*, ferindo o artigo 22, I, da Constituição Federal, que estabelece a iniciativa privativa da União para legislar sobre Direito Penal e Processual. Segundo sustenta não compete ao Conselho Nacional do Ministério Público disciplinar o processo penal (GEMAQUE, 2019).

Assim é que, ainda que a regulamentação do acordo de não persecução penal pela Resolução n. 181/17 CNMP, tenha sido considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a matéria tratada não é processual, não havendo exercício da pretensão punitiva via denúncia, sendo meio de possibilitar maior efetividade a persecução penal, pairam divergências sobre essa questão.

4.2. O acordo de não persecução penal e o órgão ministerial: princípio da obrigatoriedade da ação penal e a política criminal

A sociedade é composta por vários segmentos, cada um com interesses particulares que não podem se sobrepor ao interesse público.

No ordenamento jurídico brasileiro ao Ministério Público foi conferida a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, sua participação na justiça consensual é, por conseguinte, natural e lógica. O Ministério Público deve servir aos interesses da sociedade e não aos governos.

Nesse contexto, é que o questionamento se o acordo de não persecução penal poderia ou não ser um instrumento eficiente de justiça negocial no Brasil, passa pela importância do órgão ministerial como agente de política criminal.

O estudo desse novo modelo de justiça penal não dispensa, portanto, a observação de que é, cada vez mais, dada ao Ministério Público ampliação de sua discricionariedade no exercício ou não da ação penal. No caso do acordo de não persecução penal, incumbe ao Promotor de Justiça propô-lo ou não.

Na condição de titular privativo da ação penal, o Ministério Público exerce parcela do poder estatal, sendo, nas lições do Vladimir Alves: “responsável pela concretização em juízo da política criminal adotada, ao seu tempo, pelos órgãos de soberania. Como agentes políticos, os magistrados do Ministério Público determinam de forma privativa a existência ou não de interesse público na persecução criminal” (Acordo de Não persecução penal, p. 280, 2ª edição, editora JusPodivm).

Mas é preciso ponderar que o nosso Ministério Público é um órgão independente, autônomo, portanto, não ligado a nenhum dos três poderes da República.

Entretanto, ao contrário do que ocorre com os poderes executivo, legislativo e judiciário que possuem relações de harmonia e controle entre si, o Ministério Público foi desenhado na Constituição de 1988 sem relação de controle sobre ele.

Assim é que, se por um lado a autonomia do órgão ministerial é algo essencial aos interesses da sociedade, por outro é fundamental que exista um equilíbrio.

Nos Estados Unidos observamos que os promotores de justiça possuem ampla liberdade negocial, sendo a forma de provimento de seus cargos eletiva, o que lhes confere enorme responsabilidade política, já que devem responder a seu eleitorado.

Isto posto, ainda que a intenção do legislador brasileiro tenha sido a de aproximar o nosso processo penal do modelo de *plea bargaining* típico dos Estados Unidos, há enormes diferenças entre nossos ordenamentos jurídicos, a começar pelo papel do órgão ministerial.

No Brasil, o provimento do cargo de Promotor de Justiça se dá através de concurso público, sendo a discricionariedade exercida sempre nos exatos limites da legalidade, com a presença do juiz.

Ocorre que, em virtude dessa ampliação da política criminal, da necessidade cada vez mais premente de que sejam implementadas novas formas de justiça penal, tornou-se notório o incremento da importância do Ministério Público.

No campo do direito processual penal, verifica-se que cada vez mais se abre espaço para que o Ministério Público deixe de exercitar a ação penal, se assim dispuser o interesse público.

É cediço que o Ministério Público diante da notícia da prática de uma infração penal tem o dever de proceder à apuração do fato criminoso. Ao órgão ministerial é imposto o dever de oferecimento da denúncia, se presentes os elementos informativos quanto à existência do injusto penal, e se presentes as condições para o exercício regular do direito de ação, bem como, a justa causa.

No caso do acordo de não persecução penal o Ministério Público deixa de exercer o direito de ação, não havendo provocação da tutela jurisdicional. Verificada a prática de crime, a recuperação da ordem jurídica atingida pelo evento criminoso será restabelecida por via alternativa, não conflitiva.

Constata-se, por conseguinte, que o princípio da oportunidade tem encontrado solo fértil para sua aplicação, conferindo uma maior discricionariedade ao Ministério Público.

Como uma espécie de exceção ao princípio da ação penal de iniciativa pública, cuja titularidade é privativa do órgão ministerial, o acordo de não persecução penal guarda estreita relação com o princípio da oportunidade, que segundo Renato Brasileiro “se trata de um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima” (Manual de Processo Penal 7ª edição, editora jus podivm, p. 200).

Para Binder, o princípio da oportunidade pode ser lido como “seleção orientada pelo princípio da intervenção mínima”. (Binder, Alberto M. Sentido del principio de oportunidad em le marco de la reforma de la justicia penal de America latina. Disponível em <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Blinder-principio de oportunidad-1pdf>. acesso em 10 out 2017).

Na verdade, o que se deve ter em mente é que o Ministério Público como titular da *persecutio criminis* não pode dispor do interesse público, devendo todas as suas decisões serem pautadas naquilo que o interesse público recomenda.

Ocorre que a propositura pelo órgão ministerial do acordo de não persecução penal ao investigado sofre muitas críticas, especialmente no que diz respeito a uma possível violação ao princípio da obrigatoriedade.

No que tange ao princípio da obrigatoriedade, para o doutrinador Renato Brasileiro:

Esse princípio impõe um dever de atuação aos órgãos encarregados da investigação e da ação penal, nos crimes de ação penal pública. Por força dele, tanto a Polícia investigativa quanto ao Ministério Público devem agir compulsoriamente para apurar e denunciar a infração, respectivamente. Não contam com nenhuma disponibilidade, ao contrário, vale o dever de persecução e de acusação. (LIMA, 2019, p. 249).

Embora não haja um consenso na doutrina se o princípio da obrigatoriedade foi ou não adotado de forma expressa no Processo Penal, o fato é que não pode o Ministério Público sem justa causa deixar de atuar diante de indícios de autoria e prova da materialidade de uma infração penal.

Todavia, como bem pontua Rodrigo Leite Ferreira Cabral “tal perspectiva, porém, está longe de significar que o Ministério Público se torne acusador cego e autômato” (Acordo de não persecução penal, Editora JusPodivm, 2ª edição, p. 39).

Além disso, em sede de ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade apresenta considerável mitigação, face aos institutos da transação penal, do termo de ajustamento de conduta da Lei 7.343/85, do parcelamento do débito tributário, do acordo de leniência, da colaboração premiada e do acordo de não persecução penal.

Essa nova feição consensual, presente em outros ordenamentos jurídicos, não pode ser evitada.

Cabe ao Estado criar mecanismos que combatam a criminalidade, sendo a implementação da justiça consensual uma forma de política criminal, que, por conseguinte, opera uma quebra de paradigma, uma vez que o Ministério Público deixa de utilizar apenas a oferta de denúncia, para utilizar também métodos de consenso.

Em verdade, muitas vezes a conciliação entre as partes envolvidas em uma infração penal ocorre ainda na fase inquisitória, na própria Unidade Policial, não chegando a *notícia criminis* nem ao conhecimento do órgão ministerial.

Assim, percebemos que nem toda a relação que envolva o Direito Penal será resolvida através do conflito, não se podendo menosprezar o consenso, que pode ocorrer de forma natural e satisfatória entre as partes envolvidas.

Consoante ensina Nilo Batista:

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas de direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal” (2011, p. 33).

Como se observa, a política criminal possui enorme amplitude, não se limitando mais a ser apenas indicadora de quais condutas o legislador deve criminalizar.

Na verdade, se voltarmos ao tempo, chegaremos ao século XIX, quando o austríaco Franz Von Liszt já preconizava que a suspensão condicional deveria ser um substitutivo de caráter pedagógico para criminosos jovens, se rebelando contra as penas curtas que no seu entender “*não corrigem, não intimidam*” e “*muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinquente novel*” (Liszt. Franz von. La Teoria dello scopo nel diritto penale. Tradução de A.A. Calvi. Milão:Ed. Giuffrè, 1962).

A política criminal segundo Figueiredo Dias tem por escopo:

Servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização descriminalização. (DIAS, J. de F. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo. RT. 1999, p. 42.)

O fato é que a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que regulamenta o acordo de não persecução penal conferiu ao Ministério Público liberdade de decidir ou não se oferecerá o acordo com o investigado, inferindo-se, portanto que o órgão ministerial passa a ser cada vez mais um importante agente de

política criminal.

Mas devemos indagar se é possível ficar somente a cargo do Ministério Público a propositura do acordo de não persecução penal, se não seria necessário a presença do órgão jurisdicional?

5. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO PENAL

No caso do acordo de não persecução penal em sua redação original, a Resolução número 181 do CNMP, em seu artigo 18, não previa nenhum tipo de controle jurisdicional prévio à celebração do acordo.

Ao contrário dos institutos da transação penal, da composição civil, da suspensão condicional do processo, todos da Lei 9.099/95, bem como da colaboração premiada, da Lei 12.850/13, o acordo de não persecução penal não contava com o controle jurisdicional prévio.

A intervenção do Estado-juiz ocorria após o cumprimento do acordo, momento em que o órgão ministerial promoveria o arquivamento do procedimento investigatório perante o juízo competente, de acordo com o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Como pontua o doutrinador Renato Brasileiro “corria-se o risco, assim de o indivíduo cumprir todas as condições pactuadas com o Ministério Público mas não receber, ao final, o que lhe fora prometido como prêmio legal, a saber o arquivamento do procedimento investigatório. Afinal, como o magistrado não participara da homologação do acordo, não estava vinculado ao quantum pactuado entre o investigado e o Ministério Público” (Renato Brasileiro de Lima, editora JusPodivm, p. 208, 7ª edição).

Entretanto, com as mudanças aprovadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público por meio da Resolução número 183/2018, passou-se a exigir um controle jurisdicional prévio sobre o acordo de não persecução penal.

Assim é que, proposto o acordo de não persecução penal, os autos deverão ser endereçados ao juízo competente para a homologação ou não.

Não se pode esquecer que, se ao Ministério Público foi dado o poder de ação, no campo processual, ao juiz ou Tribunal são assegurados os poderes jurisdicional e

judicial. A separação das funções no processo penal constitui importante garantia de que sejam os acordos respeitados e que sejam evitados abusos.

O juiz é um terceiro na relação processual penal, não é parte, é garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana ainda que na fase da investigação criminal. Uma vez promovida a ação penal pelo órgão ministerial, o juiz preside a instrução criminal, examina a prova e decide questões de direito, podendo acolher ou não a pretensão punitiva estatal.

É preciso, portanto, assinalar que o magistrado não é apenas um intérprete das leis, mas um garantidor da promoção da justiça, que deve levar em consideração que um Estado constitucional de Direito caracteriza-se por garantias e deveres, devendo sopesá-los no caso concreto que lhe for apresentado.

Nessa acepção, temos que, na fase de propositura do acordo o feito será remetido ao Magistrado com atribuição para o exame das condições estabelecidas pelas partes no acordo.

Ademais, se o Magistrado discordar da promoção de arquivamento ministerial, por entender que o acordo de não persecução penal não foi atendido, poderá, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, remeter o procedimento apuratório ao seu órgão de atribuição revisional.

Na verdade, conforme assevera Renee do Ó Souza duas são as oportunidades de apreciação judicial do procedimento do acordo de não persecução penal: realizada a avença o feito será remetido ao Juiz para apreciar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade. Considerando o magistrado que o acordo é de fato cabível e são adequadas as condições previstas, devolverá os autos do Ministério Público, quando então se passará à fase de implementação e fiscalização de seu cumprimento. Uma vez adimplidas suas cláusulas, o Parquet promoverá o arquivamento e (2) encaminhará novamente o feito para o Poder Judiciário a fim de submetê-lo à homologação judicial. Em qualquer das situações, discordando dos temas do acordo ou do arquivamento do feito após o devido cumprimento da

avença, caberá ao magistrado a remessa dos autos ao Procurador-Geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, eis que, em se tratando da titularidade da ação penal, ao Ministério Público incumbe a “última palavra” quanto ao seu ajuizamento (Acordo de Não Persecução Penal, 2ª edição, Editora JusPodivm, p. 145).

5.1 Requisitos do acordo de não persecução penal

De acordo com a Resolução 181/17, alterada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, do Conselho Nacional do Ministério Público, nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que haja confissão formal e detalhada da prática do delito e que sejam apontadas provas de seu cometimento. Os requisitos não são cumulativos.

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Resolução 181/17, alterada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, do Conselho Nacional do Ministério Público)

Como se constata, a regulamentação do acordo de não persecução penal abarca os crimes cuja pena mínima seja até quatro anos, cometidos sem violência ou grave ameaça, que terão solução mais célere e resposta mais imediata, não sofrendo o indiciado a intensidade do processo criminal.

Além disso, podemos notar que as medidas impostas ao investigado no acordo de não persecução penal guardam similitude com as penas restritivas de direito, entretanto, não possuem natureza de pena.

A pena, como já foi dito, constitui sanção decorrente do reconhecimento da prática de um crime, derivando de um procedimento com produção de provas e manifestação jurisdicional.

No acordo de não persecução penal o investigado concorda com a imposição de uma medida que se assemelha a uma pena restritiva de direito, mas, na verdade, tal medida não se trata de sanção imposta pelo reconhecimento da prática de uma infração penal.

Segundo as lições de Emerson Garcia:

“Na disciplina da Resolução CNMP número 181/2017, não são aplicadas verdadeiras penas, já que os requisitos a serem cumpridos são individualizados em momento anterior à persecução penal, excluindo-a. Acresça-se que o objeto do acordo não importa em qualquer ruptura com o sistema vigente, que admite a celebração de ajustes inclusive em relação ao quantum da pena privativa de liberdade a ser cumprida, afastando a tradicional tese da indisponibilidade do interesse. Além disso, os requisitos que mais se assemelham às sanções previstas na legislação penal, especificamente às penas restritivas de direitos, são a prestação de serviço à comunidade e o pagamento de prestação pecuniária, os quais sequer redundam em privação de liberdade” (2018, p. 41).

Na lição de Antônio Henrique Graciano Suxberger,

(...) a submissão do acordo ao prévio controle jurisdicional, como previsto no §5º do art. 18 da Resolução CNMP n. 181 (com a redação que lhe foi estabelecida pela Resolução CNMP n. 183), não

desnatura a ideia de que o conteúdo do acordo não substância pena em seu sentido estrito. Ao revés, essa submissão do acordo à apreciação jurisdicional verdadeiramente materializa previsão de cautela e garantia ao investigado que celebra o acordo. Isso porque afasta a possibilidade de o investigado cumprir a medida e, ao final, receber a negativa do juízo diante da promoção de arquivamento do apuratório deduzida pelo Ministério Público. (CUNHA, 2019, p. 113).

Uma vez cumprido o acordo pelo investigado há o esvaziamento do interesse de propositura da ação penal pelo Ministério Público, porém, o cumprimento das condições avençadas, não significa extinção da punibilidade, não sendo afetado o *jus puniendi* do Estado.

Embora não haja a ação penal, persiste o *jus puniendi* estatal, razão pela qual percebemos harmonização entre o acordo de não persecução penal, a garantia constitucional da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da CR), e a titularidade da ação penal pública do Ministério Público (artigo 129, I, da CR).

A atuação pré-processual estabelecida no acordo de não persecução penal tem aptidão para esvaziar o interesse processual, que é inafastável ao exercício do direito de ação. O investigado, voluntariamente, assistido por advogado, confessa a prática delitiva e repara o dano ou restitui a coisa à vítima, cumpre medida restritiva de direitos ou paga prestação pecuniária, além de renunciar a bens e direitos, não havendo mais interesse processual na propositura da ação penal.

O acordo de não persecução penal impõe medidas de responsabilidade ao investigado confesso, que aceita cumpri-las, diferente do que ocorre nas penas, que são decorrentes da imposição jurisdicional, não havendo concordância ou não do condenado, que terá que obrigatoriamente cumpri-las.

Não se pode, entretanto, deixar de considerar a importância que deve ser dada ao advogado no acordo, já que o investigado abdicará do seu direito a um julgamento regular, com produção de prova, contraditório e a uma resposta estatal.

É fato que as medidas de justiça alternativas são bem-vindas, que a flexibilização do processo penal e das formas de resposta ao cometimento das

infrações penais precisa ser repensada.

Mas também é preciso ponderar que, se por um lado nem todos os casos penais precisam ser submetidos a um processo, os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição não podem ser olvidados.

5.2 Acordo de não persecução penal e justiça

Se voltarmos à leitura do romance *O Processo* de Kafka e pensarmos em Josef K, sendo processado sem saber o porquê, poderemos sentir uma certa inquietação, poderemos mesmo experimentar até um certo desconforto. O protagonista Josef K, embora esteja em uma posição de vítima, não deixa de lutar, na verdade Josef K luta o tempo todo, assume uma posição ativa no processo que está sofrendo. Há em Josef K, um anseio que mora em todos os seres humanos, o anseio por justiça.

É bem verdade que o sentido de justo pode variar e muito. O que é justo oscila, dependendo da sociedade, da época e, sobremaneira, dos interesses que se quer defender.

Mas de alguma forma, ao lermos a obra *O Processo*, identificamos no protagonista Josef K essa ânsia, o ser humano que se sente injustiçado é tocado por uma febre, por uma perturbação, e todos já sentimos isso. Somos por natureza seres egoístas e, por conseguinte, injustos e injustiçados em algum momento.

O autor Paulo Gustavo Guedes Fontes em sua obra, citando André Comte-Sponville ressalta que “a justiça foi considerada desde a Antiguidade uma das virtudes cardeais, ao lado da prudência, da temperança e da coragem” (FONTES, 1995, p. 91-92).

A Constituição de 1988 significou um marco na proteção dos direitos

fundamentais, delineando o processo penal acusatório, que passa a constituir um instrumento de limitação da atividade estatal. Todo o sistema jurídico passa a ter com a Constituição de 1988 uma orientação inequívoca de valorização da pessoa humana, e, por consequência uma ordem jurídica mais justa.

Assim é que, todo o arcabouço de princípios e de garantias processuais penais insculpidos na Constituição inegavelmente trazem como norte o tratamento digno ao réu, ao indiciado, a vítima e a seus familiares.

Deste modo, se pensarmos em um modelo de justiça penal ideal, o processo com todo o caminho que percorre até chegar a um provimento jurisdicional representa expressão do valor dignidade da pessoa humana. Ao ser submetido ao processo penal, o acusado é julgado por um juiz natural, com observância de todo o devido processo legal, sendo-lhe assegurados o contraditório e a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.

Mas, é preciso atentar que o mundo ideal ainda não se tornou uma realidade, não podendo o processo penal assumir forma desumana, há problemas reais que precisam ser enfrentados. Vê-se que as varas criminais de todo o país estão abarrotadas de processos, alguns sem expressiva relevância por tratarem de infrações de pequena ou média gravidade. Nosso sistema acaba colocando na mesma prateleira, pequenos furtos, estelionatos mais simples com crimes graves como roubos, homicídios entre outros.

A demora na tramitação processual, o excesso de trabalho a que são submetidos os servidores públicos que integram as cortes brasileiras, além das injustiças evidentes, tais como, pessoas privadas da sua liberdade, muitas vezes sem necessidade, nos conduz a pensarmos em soluções. Ansiamos por um sistema penal mais justo.

Nesse cenário, o acordo de não persecução penal pode ser uma ferramenta eficaz na realização dos objetivos político-criminais preventivos.

Segundo o autor Rodrigo Leite Ferreira Cabral,

A resposta célere e não privativa de liberdade, às vezes poucos dias depois dos fatos, pode significar o freio de arrumação necessário para colocar nos trilhos a vida de quem envolveu-se na prática dos crimes. Além disso, um acordo tempestivo e adequado reforça a ideia de credibilidade e eficiência do sistema, o que torna mais fácil o fortalecimento dos vínculos de confiança entre os cidadãos e o Estado, incentivando a busca de justiça dentro da legalidade e do sistema penal. Não há incentivo maior para que as pessoas possam confiar no Estado e em suas normas do que uma atuação eficiente e proporcional. E não é só. Um modelo de acordo torna efetiva e palpável a ideia de reparação à vítima. Isso porque, num modelo de acordo, este somente é cumprido com a efetiva reparação do dano à vítima, não bastando o mero reconhecimento formal desse dever. Se não há o pagamento ou reparação efetiva à vítima, o acordo não surte efeitos. Com isso, uma vez mais, realiza-se a pretensão de justiça e aumenta-se a confiança e credibilidade no sistema penal. Assim, passa valer a pena buscar socorro às instâncias formais de repressão à criminalidade. (CUNHA, 2019, p. 365-366).

O instituto do acordo de não persecução penal surge diante da ineficaz atividade do Estado de prestar a jurisdição de forma célere e eficiente, sendo, ainda, incipiente no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim é que, a resposta a indagação se o acordo de não persecução penal será funcional ou não, ainda dependerá do tempo. Somente a experiência poderá dizer se o advento desse instituto atendeu de forma adequada o propósito de celeridade e de justiça penal ao qual se destina.

De toda forma, tal qual a obra de Kafka, o processo penal não restará acabado, porque o processo alberga sentimentos, desejos, esperanças, dores. Novas formas de justiça serão sempre necessárias, a natureza humana transgressora sempre precisará ser contida, sempre haverá alguém caluniado por outro alguém, sempre haverá o processo.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 134 p.

BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009. 411 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. v.1

BONESANA, Cesare, Marquês de Beccaria. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Trad. por Paulo M. Oliveira. São Paulo: Ed. Edipro, 2015.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação criminal pelo Ministério Público comentários à Resolução 157 do CNMP**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BRASIL. **Código Penal, Constituição Federal e legislação complementar: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado e acompanhado de legislação complementar, súmulas e índices**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 911 p.

Brasil. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, DF, 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, DF, 26 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 28 de nov. 2019

Brasil. Lei 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, DF, 20 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2970, Relator Min. Ellen Gracie Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2006. DJ 12-05-2006 PP-00004. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.95, n851, p. 452- , 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 27.621**, Relator Min. Carmen Lúcia Relator para Acórdão. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011. Acórdão Eletrônico DJE-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 207 p.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. **Sistemas de penas, dogmática jurídico penal e política criminal**. São Paulo: Editora Cultura Paulista, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COMTE-SPONVILLE, André, **Petit trailé des grandes vertus**, Paris: PUF, 1995, p. 91-92.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/RegrNacUnidElaborMedNPrivativLib_Toqui.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. **Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro**: 2017. Brasília, 2017. Disponível em <<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em nov. 2019.

DIAS, J. de F. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAIR TRAILS. Defending the human right to a Fair Trail: **What is Plea Bargaining?** A Simple Guide. Disponível em: <<https://www.fairtrials.org/what-it-plea-bargaining-a-simple-guide/>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

FONTES, Paulo Guedes: **Filosofia do direito**. São Paulo: Método, 2014.

GARCIA, Emerson. O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro, n. 68, p. 41, abr./jun. 2018.

GEMAQUE, Silvio. Acordo de não persecução penal é inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-24/silvio-gemaque-acordo-nao-persecucao-penal-inconstitucional>>. Acesso em: 24 de nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; DE MOLINA, Antonia Garcia-Pablo. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KAFKA, Josef Fran. **O Processo**. L&PM Pocket: Edição de bolso, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. Trad. por Roberto Leal Ferreira. 9. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010. 744p

OLIVÉ Juan Ferré; PAZ, Miguel Nunez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alex Couto. **Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.(Parte Geral).

REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. Ciências Penais – **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, v. 5, n. 9, p. 289-310, 2008.

RESOLUÇÃO Nº 183, de 2018