



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GUILHERME THOMAZ DE OLIVEIRA

**JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL NO BRASIL: PRÁTICAS E
FUNDAMENTOS**

**Assis/SP
2020**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GUILHERME THOMAZ DE OLIVEIRA

**JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL NO BRASIL: PRÁTICAS E
FUNDAMENTOS**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando: Guilherme Thomaz de Oliveira
Orientadora: Maria Angélica Lacerda Marin**

**Assis/SP
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

048j

OLIVEIRA, Guilherme Thomaz de.

Justiça Criminal Consensual No Brasil: Práticas e Fundamentos / Guilherme Thomaz de Oliveira. – Assis, 2020.

91 p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientadora: Me. Maria Angélica Lacerda Marin.

1. Justiça Criminal. 2. Ação Penal. 3. Sistemas Processuais.

CDD: 341.4323
Biblioteca da FEMA

JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL NO BRASIL: PRÁTICAS E FUNDAMENTOS

GUILHERME THOMAZ DE OLIVEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientadora: _____
Maria Angélica Lacerda Marin

Examinador(a): _____
Aline Silvério Paiva Tertuliano da Silva

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho:

A Deus, por todas as graças que tem dado, pela sabedoria e pelas forças para ter me mantido na trilha certa até aqui.

Aos meus pais, por terem empreendido na minha formação, tanto acadêmica como pessoal, bem como por jamais terem me negado qualquer ajuda.

Aos meus amigos, à minha namorada e aos demais familiares que não deixaram de me apoiar ao longo de toda minha trajetória acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, por ter me dado capacidade para fazer com que tudo isso acontecesse, não apenas nesses últimos anos como universitário, mas ao longo de toda trajetória de minha vida, me dando muita persistência, foco, saúde e força, para superar todos os obstáculos que enfrentei.

Aos meus pais, César e Elisângela, por terem sempre batalhado para garantir tudo o que há de melhor para mim, em todas as áreas da minha vida, bem como por terem sempre me incentivado nos momentos em que pensei que não seria capaz de superar as dificuldades, nos momentos que estive desanimado ou cansado. Enfim, deixo os meus sinceros e amorosos agradecimentos aos dois e aduzo, ademais, que não seria capaz de colocar em um pequeno texto o quanto eu sou grato por tudo o que me deram.

Aos demais familiares meus, notadamente aos meus tios e também padrinhos, Ricardo e Karina, que sempre me apoiaram, não somente nesses anos acadêmicos, mas também em todo o transcorrer da minha vida, e que muito me ensinaram também.

Aos que foram meus companheiros e que muito contribuíram para o meu discernimento quando fiz estágio na 1ª Vara Federal de Assis/SP e também aos meus atuais companheiros de trabalho do Ministério Público Federal, que contribuíram, e muito, para minha formação, inclusive pessoal, e me deram a oportunidade de ter contato com novas experiências e aprender ainda mais.

À minha orientadora, pela qual tenho um enorme carinho, a professora Maria Angélica Lacerda Marin, que me deu, ainda que por pouco tempo, mas de forma completamente atenciosa, todo o suporte para a criação de ideias, para me incentivar e para corrigir este trabalho.

Por fim, mas não em grau de menor importância, agradeço a todos, notadamente à minha namorada, aos meus amigos, que, de modo direto ou indireto, colaboraram para a minha formação, bem como a todos os operadores do direito que apresentaram seus pareceres que muito contribuíram com este trabalho.

“Lembre-se de que você mesmo é o melhor secretário de sua tarefa, o mais eficiente propagandista de seus ideais, a mais clara demonstração de seus princípios, o mais alto padrão do ensino superior que seu espírito abraça e a mensagem viva das elevadas noções que você transmite aos outros. Não se esqueça, igualmente, de que o maior inimigo de suas realizações mais nobres, a completa ou incompleta negação do idealismo sublime que você apregoa, a nota discordante da sinfonia do bem que pretende executar, o arquiteto de suas aflições e o destruidor de suas oportunidades de elevação – é você mesmo.” Chico Xavier.

RESUMO

É de pleno conhecimento que atualmente o sistema judiciário criminal brasileiro encontra-se em uma completa crise e que isso acontece por conta de sua extrema morosidade e de sua baixa eficácia, quando da reprovação e prevenção de um delito. É também notório que esses dois fatores, por suas vezes, decorrem de um só aspecto: a enorme carga de processos criminais aglomerados nas varas do judiciário brasileiro. Desse modo, objetivando se obter um sistema penal mais competente, eficaz e célere, inicia-se a abertura de um caminho para novos modelos de justiça, como o da justiça consensual, muito conhecido como o *plea bargaining*, do direito norte americano. Nesse espeque, a presente monografia analisa, em primeiro momento, a evolução da justiça criminal consensual, expondo, de modo inicial, como uma forma de fazer uma introdução ao assunto principal, algumas considerações acerca dos sistemas processuais penais existentes, da instituição do Ministério Público, dos princípios e condições que regem a ação penal pública e a própria ação penal pública. Após tais considerações, e tendo conhecido o princípio da obrigatoriedade e o da oportunidade, visa-se analisar as espécies de justiça consensual, para, então, tecer breves considerações acerca dos principais institutos da justiça criminal consensual existentes no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive o mais recente deles, o Acordo de Não Persecução Penal. Finalmente, antes de concluir a presente monografia, objetiva-se apor alguns pareceres de profissionais do direito quanto à atual justiça criminal consensual no Brasil, sua aplicabilidade e seus efeitos.

Palavras-chave: Justiça Consensual. Ação Penal. Princípio da Obrigatoriedade. Sistemas Processuais Penais. Condições da Ação Penal.

ABSTRACT

As is well known the Brazilian criminal justice system is currently in a complete crisis and that this is due to its extreme slowness and low efficiency when failing and preventing a crime. It is also notorious that these two factors, in turn, stem from one aspect: the enormous burden of criminal proceedings lodged in the courts of the Brazilian judiciary. In this way, aiming to obtain a more competent, effective and swift penal system, the opening of a path for new models of justice begins, such as that of consensual justice, well known as the plea bargaining, of North American law. In this connection, the present monograph analyzes, at first, the evolution of consensual criminal justice, exposing, initially, as a way of making an introduction to the main subject, some considerations about the existing criminal procedural systems, of the institution of the Public Ministry, the principles and conditions governing public criminal action and public criminal action itself. After such considerations, and having known the principle of obligation and that of opportunity, the aim is to analyze the types of consensual justice, and then make brief considerations about the main consensual criminal justice models existing in the Brazilian legal system, including the newest of them, the Non-Prosecution Agreement. Finally, before concluding the present monograph, aims to affix some legal professionals' opinions regarding the current consensual criminal justice in Brazil, its applicability and its effects.

Keywords: Consensual Justice. Prosecution. Principle of Obligation. Criminal Processual Systems. Conditions of Prosecution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA
CPP	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
CPC	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CP	CÓDIGO PENAL
CC	CÓDIGO CIVIL
ART.	ARTIGO
CPPM	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR
Nº	NÚMERO
CNJ	CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
CNMP	CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
TJDF	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
CADE	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA ECONÔMICA
REFIS	PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL
PAES	PARCELAMENTO ESPECIAL
PAEX	PARCELAMENTO EXCEPCIONAL
LACP	LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA
ADI	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
PIC	PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL
IP	INQUÉRITO POLICIAL
ANPP	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	15
1.1. Sistema Processual Acusatório.....	17
1.2. Sistema Processual Inquisitório.....	19
1.3. Sistema Processual Misto.....	21
1.4. Sistema Processual Adotado pela Constituição Federal.....	23
2. AÇÃO PENAL.....	27
2.1. Da atuação do Ministério Público.....	27
2.2. Conceito de Ação Penal	29
2.3. Das Condições da Ação Penal.....	31
2.4. Princípios da Ação Penal Pública.....	37
2.4.1. Oficialidade.....	37
2.4.2. Indisponibilidade.....	38
2.4.3. Indivisibilidade e divisibilidade	40
2.4.4. Obrigatoriedade	41
2.4.5. Oportunidade.....	42
2.5. Aplicabilidade do Princípio da Oportunidade (justiça consensual)..	45
2.6. Espécies de Justiça Consensual.....	48
2.6.1. Justiça Restaurativa	48
2.6.2. Justiça Negociada.....	52
3. JUSTIÇA CONSENSUAL CRIMINAL NO BRASIL	55
3.1. Transação Penal.....	55
3.2. Acordo de Leniência	60
3.3. Parcelamento de Débito tributário.....	63
3.4. Termo de Ajustamento de Conduta.....	65
3.5. Colaboração Premiada	68

3.6. Acordo de Não Persecução Penal (<i>plea bargaining</i>).....	74
3.7. JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL: O OLHAR DE OPERADORES DO DIREITO.....	79
3.7.1. Parecer de Membro do Ministério Público	80
3.7.2. Parecer de Magistrado da Justiça Estadual	82
CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS.....	88

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de expor como a justiça consensual criminal vem sendo admitida no ordenamento jurídico penal brasileiro, abordando o acordo de não persecução penal, no contexto da discussão do princípio da obrigatoriedade. Considerando que o instituto é relativamente novo, é importante, do ponto de vista acadêmico, o enfrentamento de tal discussão. Eis a justificativa acadêmica para o enfrentamento dessa temática.

É certo que o sistema penal e processual penal brasileiro é repleto de disposições legais e até mesmo constitucionais voltadas com o intuito de reduzir a criminalidade. Entretanto, percebe-se que nos últimos tempos tal sistema não tem logrado êxito nesse sentido, estando, portanto, em crise.

A discussão é importante do ponto de vista jurídico e social, considerando que o Brasil, no consenso geral, tem sido reconhecido como “o país da impunidade”. Essa percepção de impunidade acontece, principalmente, devido ao grande lapso temporal que decorre entre o fato criminoso e o efetivo cumprimento da pena pelo agente infrator.

Tendo em vista que o acúmulo de processos penais nas varas criminais do país – justamente pela demora do Estado – tem somente sido aumentado, é que o Poder Legislativo, objetivando melhorar a prestação jurisdicional, passou à adoção de diversas medidas para reduzir essa grande duração dos processos criminais, dentre elas até mesmo a relativização de um importantíssimo princípio da ação penal, o da obrigatoriedade.

Trabalha-se com a hipótese de que os órgãos estatais incumbidos pelo processamento penal estão sobrecarregados em razão da insuficiência de recursos estatais para uma efetiva e satisfatória prestação jurisdicional para todos os casos levados ao judiciário. O pior de tudo é que o Ministério Público, titular privativo da ação penal de natureza pública, tem a obrigação de oferecer denúncia na maioria dos casos investigados – o que provavelmente dará causa a uma ação penal –, mesmo que o processo penal não tenha, nos últimos tempos, se mostrado eficiente para a conscientização dos infratores.

É justamente nesse ponto que entra relativização do princípio da obrigatoriedade. Essa relativização dá luz à justiça penal consensual, que tem, em apertada síntese, o fito de conscientizar o infrator sem a necessidade de um processamento penal, contribuindo, assim, para a celeridade na solução dos conflitos e desafogando o judiciário.

Para melhor entendimento e para levar confiabilidade ao leitor, o trabalho analisará diversos dados, doutrinas e jurisprudências a respeito do tema, utilizando, dentre outras, obras dos seguintes autores: Guilherme de Souza Nucci, Norberto Cláudio Pâncaro Avena e Fernando Capez.

Contextualizada a temática do presente trabalho, necessária se faz a apresentação da estruturação do desenvolvimento do estudo, que será apresentada em três capítulos.

No primeiro capítulo, para apresentar a teoria inicial de por trás da formação de um processo, o trabalho abordará a respeito dos sistemas processuais penais existentes no Direito (sistema acusatório, inquisitório e misto), bem como o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, se apresentará alguns comentários a respeito da atuação do Ministério Público, da ação penal, das condições da ação penal, bem como seus princípios, dentre os quais, o da obrigatoriedade e o da oportunidade. Nesse segundo momento, também se abordará a respeito das espécies de justiça consensual, tratando sobre a restaurativa e a negociada.

Finalmente, no terceiro capítulo, se explanará as disposições legais e afixará algumas reflexões sobre discussões mais detalhadas acerca dos institutos da Transação Penal, do Acordo de Leniência previsto pela Lei nº 12.259/11, do Parcelamento de Dívidas Tributárias da Lei nº 9.430/96, do Termo de Ajustamento de Conduta, da Colaboração Premiada prevista pela Lei nº 12.850/2013 e do Acordo de Não Persecução Penal, recentemente incluído pela Lei nº 13.694/2018 (pacote anticrime) no art. 28-A do Código de Processo Penal. Para encerrar esse capítulo, também se aporá alguns pareceres de operadores do Direito acerca da aplicação e da eficácia da Justiça Criminal Consensual no Brasil

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Nos tempos da antiguidade, a justiça no Direito Penal possuía o sentido de vingança por meio de uma punição particular e, por tal característica, não havia proporcionalidade, razoabilidade, ampla defesa, contraditório, dentre outros direitos subjetivos de um acusado, ou seja, inexistia racionalidade no momento da aplicação de sanções.

É exatamente nesse momento histórico, em que a sociedade se autopunia por vingança, que surgiu a expressão “olho por olho, dente por dente”, encontrada no Código de Hamurabi, datado de 1.780 a.C., no reino da Babilônia.

Observa-se, portanto, que autotutela era a única forma pela qual as sociedades se valiam para proteger e garantir seus interesses evidentemente particulares. Em contrapartida, com o avanço dos tempos e a evolução das sociedades a partir do desenvolvimento da teoria do contrato social, muito bem abordada por Montesquieu, Hobbes, Rousseau e John Locke, as relações humanas sociais ficaram mais complexas. Devido a tal complexidade, tornou-se necessário o surgimento de um Estado, organizado politicamente, que retirasse dos cidadãos o modelo primitivo de vingança privada, trazendo, então, o *jus puniendi* para si.

Lima (2018, p. 18) assevera que “[...] há uma nítida conexão entre o processo penal e a natureza do Estado que o institui”. Analisando tal raciocínio, conclui-se não estar errado, porque foi justamente o ramo do Direito Penal e do Processo Penal, criado pelo Estado, que trouxe a figura do sistema processual penal.

Rangel (2007, p. 49) define que sistema processual penal é o “[...] conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

A partir da inteligência de Lopes Júnior (2017) conclui-se, seguindo a mesma direção de raciocínio, que é possível observar alterações na organização do processo penal, de acordo com a filosofia punitiva ou libertária adotada pelo Estado naquele momento. Em outras palavras, o contexto histórico vivenciado pelo Estado é capaz de alterar a organização do processo penal.

O direito penal é um ramo do direito público que comina sanções à determinadas condutas que violam da forma mais grave bens jurídicos relevantes dos seres humanos. Nesse sentido, pode-se dizer que é um instrumento de controle social, que tem o objetivo de salvaguardar a paz e o interesse público por meio de regras.

O poder-dever punitivo do Estado, de conduzir relações entre seus indivíduos, surge a partir da realização de uma determinada conduta descrita em um tipo penal incriminador e lhe incumbe de aplicar ao agente a sanção correspondente. É nesse momento que o direito processual penal se coliga ao exercício do direito de punir do Estado, pois, em que pese a punição, busca garantir direitos fundamentais do indivíduo, na forma de um instrumento que, voltado à busca da verdade real, possibilite ao imputado contrapor-se à pretensão estatal. Nesse sentido, Avena (2018, p. 52):

[...] O jus puniendi, enfim, será ao mesmo tempo a decorrência lógica e o objetivo principal do poder estatal, exercido por meio de um processo disciplinado por normas e princípios jurídicos. [...] Aqui surge, então, o processo penal, como instrumento destinado à realização do jus puniendi do Estado e cujo desenvolvimento será regido por um conjunto de normas, preceitos e princípios que compõem o direito processual.

Neste ínterim, é necessário salientar que o direito penal, embora seja um instrumento de grande valia do Estado, é regulado pelo princípio da intervenção mínima, que estabelece que tal instrumento normativo deve ser a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Portanto, a aplicação de sanções penais apenas deve ser utilizada quando todos os demais ramos do direito não forem juridicamente capazes de tutelar os bens protegidos. Isso por conta de que, conforme Copetti, citado por Rogério Greco (2015, p. 99), o direito penal seria “o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos”.

Ademais, é importante entender que a materialização do *jus puniendi* não é autoexecutável e nem pode ser exercida sem que haja um processo. Quer dizer, o Estado não pode simplesmente punir a seu bel prazer, sendo estritamente necessário que haja violação a uma ordem jurídica, posto seu objetivo ser mantê-la, e que se valha de um processo penal para tanto. Nesse raciocínio, Marques (1997, p. 26):

[...] nos estados submetidos à lei e ao direito, a pena só se aplica “processualmente”. A atividade punitiva dos órgãos estatais encarregados de restaurar a ordem jurídica violada pelo crime submete-se a um controle jurisdicional a priori, em que o Poder Judiciário aplica a normal penal objetiva mediante a resolução de uma lide consubstanciada no conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade.

Além disso, pode-se dizer o processo penal é um instrumento por meio do qual o Estado Democrático de Direito impõe limites até mesmo em seu próprio poder punitivo. A razão disso é para que se tenha maior garantia de que os direitos fundamentais do acusado não serão indevidamente suprimidos.

O processo penal é, ainda, como via de regra, obrigatório para que o Estado possa exercer seu direito de punir e, assim, possui um caráter evidentemente instrumental. Nas palavras de Lopes Júnior (2006, p. 08):

Desde logo, não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de quê(em) ela está) e que essa é a razão básica de sua existência. Ademais, o Direito Penal careceria por completo de eficácia sem a pena, e a pena sem processo é inconcebível, um verdadeiro retrocesso.

Desse modo, o papel do Processo Penal, atualmente, tem como objetivo tutelar os direitos fundamentais do ser humano através de das interpretações das normas para a aplicação de uma sanção cabível, tendo em vista ter havido violação a algum bem juridicamente relevante pelo Estado tutelado. Ademais, serve o processo para garantir, diante e para o caso concreto, justiça, porém, com igualdade, proporcionalidade e razoabilidade. Nota-se que o processo penal tem se estruturado sob esses aspectos, formando dois tipos de sistemas processuais penais – acusatório e inquisitório. Entretanto, uma parte dos doutrinadores de renome tratam a respeito de um terceiro modelo, que mesclaria os ideais de um e de outro, conhecido como “sistema misto ou acusatório formal ou francês”.

1.1. Sistema Processual Acusatório

Originado nas antigas Grécia e Roma (LOPES JR., 2007, p. 58), o sistema acusatório é tido como um modelo garantista e democrático que se caracteriza pela atribuição das funções de acusar, defender e julgar, a partes distintas, mas com igualdade de condições dentro de uma relação processual. Nas palavras de Renato Brasileiro (2016, p. 64), no sistema processual acusatório “[...] há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*”. No mesmo sentido, destaca Avena (2018, p. 59):

Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias.

De acordo com os ensinamentos de Tourinho Filho (2010, p. 119), o sistema processual acusatório tem como traços profundamente marcantes: a) o contraditório, como uma garantia político-jurídica do cidadão; b) a igualdade entre as partes acusadora e acusada, decorrente do contraditório; c) a publicidade do processo, que é fiscalizada pelo olho do povo, que, de modo excepcional, pode ser restringida, dependendo do caso; d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e o juiz não pode iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, também em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois, *non debet licere actori, quod reo non permititur*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que pode ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo órgão do Estado.

Conforme acima mencionado, a separação das funções é uma característica essencial e principal para a configuração do sistema acusatório, pois, é ela que dispõe a sujeitos distintos uma só função, ou seja, ao acusador compete acusar, ao defensor compete defender, enquanto que ao juiz incumbe-se apenas o dever de julgar imparcialmente. Contudo, há de se dizer que o fato de ninguém poder ser levado a juízo sem uma prévia acusação (*nemo in iudicium sine accusatione*) constitui, sem dúvida, uma essencialidade deste sistema, máxime porque não seria à toa o nome ‘Sistema Processual Acusatório’.

Tal característica, juntamente com a separação de poderes, impede que o juiz inicie um processo *ex officio*, de modo que se torna imprescindível a provocação do judiciário, a qual seria feita, na prática, pelo Ministério Público ou pelo ofendido da infração.

Assim, o magistrado, no sistema acusatório, assume uma posição central na relação jurídica, devendo se pautar apenas na imparcialidade para garantir a estabilidade da própria relação bem como equilíbrio na sua futura decisão. Inclusive, quanto à iniciativa probatória, o juiz não poderia determinar de ofício a produção de provas e nem mesmo participar delas. Nesse sentido, afirma Brasileiro (2016, p. 74) que “[...] sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz, quanto à reconstrução dos fatos. Com o

objetivo de preservar a sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória às partes.”

Ainda, no mesmo trilhar, Lopes Júnior (2012, p. 133) explica que, “[...] no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes”.

Por outro lado, na inteligência de Lopes Júnior (2012, p. 119), a própria inércia do juiz é que seria a crítica a este sistema processual, pois, ao determinar que o conjunto probatório seja montado exclusivamente pelas partes litigantes, ele ficaria submetido às “consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado.”

1.2. Sistema Processual Inquisitório

O sistema inquisitório ou inquisitivo despontou em Roma, época da qual se permitia ao juiz iniciar um processo de ofício, isto é, sem provocação de qualquer das partes. Na idade média, devido à grande influência da Igreja Católica, este sistema ganhou força, dominando praticamente toda a Europa Continental, a partir do Concílio Lateranense, do ano de 1215. Nas palavras de Tourinho Filho (2010, p. 122), o processo inquisitivo “[...] foi introduzido, na verdade, pelo Direito Canônico, mas, em seguida, vieram os soberanos, nesse tipo de processo, uma arma poderosa, e por isso espalhou-se entre os Tribunais seculares”.

De acordo com Avena (2018, p. 60), o sistema inquisitivo é típico de regimes ditatoriais, pois, contempla um processo do qual as funções de acusar, defender e julgar compete a somente uma pessoa, o juiz. Assim, neste sistema não há obrigatoriedade de um órgão público ou de um ofendido oferecer a acusação, pois é lícito ao juiz dar início a um processo criminal *ex officio*.

Insta salientar que, no tocante ao lastro probatório, diferentemente do que ocorre no sistema acusatório, o magistrado tem a faculdade de, no lugar das partes, determinar, por conta própria, a produção de provas que reputar necessárias para a elucidação dos fatos.

Pertinentes são as lições de Garcia-Velasco (1969, p. 07), que assinala que os traços básicos do processo inquisitivo são: “[...] a) concentração das três funções, acusadora, defensora e julgadora, em mãos de uma só pessoa; b) sigilação; c) ausência de

contraditório; d) procedimento escrito; e) os Juízes eram permanentes e irrecusáveis; f) as provas eram apreciadas de acordo com umas curiosas regras, mais aritméticas que processuais; g) a confissão era elemento suficiente para condenação; h) admitia-se a apelação contra a sentença”.

Por outro lado, embora o processo inquisitivo tenha surgido para evitar injustiças – já que a enorme diferença de classes e forças sociais e econômicas, preponderantemente na Idade Média, havia anulado a pretendida igualdade entre as partes dentro de um processo, ora em favor do acusado, ora em favor do acusador, mas sempre em benefício do poderoso e contra as finalidades da justiça –, o sentido de igualdade havia desaparecido, transformando-o em um instrumento de opressão (TOURINHO FILHO, 2010, p. 122).

Nesse sentido, explica Avena (2018, p. 60):

O acusado, praticamente, não possui garantias no decorrer do processo criminal (ampla defesa, contraditório, devido processo legal etc), o que dá margem a excessos processuais. Exatamente por isso, em regra, o processo não é público, sendo o caráter sigiloso atribuído pelo juiz por meio de ato discricionário seu e à margem de fundamentação adequada. Não se fala em paridade de armas, sendo nítida a posição de desigualdade entre as partes.

Seria uma característica destoante do modelo acusatório o fato de, por exemplo, não ser assegurado ao acusado o direito de se manifestar após a acusação para impugnar provas e argumentos do acusador ou, ainda, o de a decretação de prisão provisória do réu no curso da ação penal ser muito menos complexa, justamente em razão da ausência da presunção de inocência.

Tourinho Filho (2010, p. 122), explica a injustiça de uma característica essencial desse sistema, o sigilo, afirmando que às vezes, o processo era levado a extremos tais que o segredo alcançava o lugar e a forma dele, a pessoa do julgador, o pronunciamento da sentença e, também, às vezes, era secreto o próprio momento da execução da condenação.

Nesse diapasão, o modelo inquisitivo não é, e está muito longe de estar, de acordo com às garantias e princípios de um Estado que se diz ser democrático e de direito. Desse modo, é inadmissível que nas sociedades modernas tal sistema seja admitido, pois, colaria em risco os direitos fundamentais dos cidadãos, como a dignidade da pessoa humana.

Por fim, conforme lições de Lopes Júnior (2016, p. 26), admitir um processo inquisitório seria um erro psicológico, qual seja: acreditar que um mesmo indivíduo possa realizar tarefas tão distantes e divergentes como investigar, acusar, defender e julgar.

1.3. Sistema Processual Misto

O sistema processual misto ou também conhecido como sistema acusatório formal ou francês surgiu após a Revolução Francesa, em detrimento do sistema inquisitório, o qual durou até o século XVIII, já que a sociedade passou a buscar novos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

O referido sistema tem como base o sistema acusatório privado de Roma, bem como o posterior modelo inquisitivo desenvolvido pelo Direito Canônico. Por tal razão, pode-se dizer que se trata de um modelo processual intermediário, que reúne regras tanto do sistema acusatório como do sistema inquisitório.

Isso porque, ao mesmo tempo em que se observa particularidades do sistema acusatório, como a preservação de garantias constitucionais (presunção de inocência, ampla defesa, contraditório etc), mantém-se outras do sistema inquisitivo, como exemplo, a faculdade que tem o juiz quanto à produção probatória *ex officio* ou algumas possibilidades de restrições à publicidade do processo.

De acordo com Fernando Capez (2016, p. 119), o sistema misto tem “[...] *uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório*”.

No mesmo sentido, pertinente é a explicação de Avena (2009, p. 09):

Abrange duas fases processuais distintas: uma inquisitiva, destituída de contraditório, publicidade e defesa, na qual é realizada uma investigação preliminar e uma instrução preparatória; outra posterior a essa, correspondente ao momento em que se realizará o julgamento, assegurando-se ao acusado, nesta segunda fase, todas as garantias do processo acusatório.

A partir disso, extrai-se que nas fases de investigação preliminar e instrução probatória, prevalecem as regras do sistema inquisitivo, como sigilação, não contradição, positividade e união das funções de investigar, acusar, defender e julgar na pessoa do Juiz;

enquanto que, na fase de julgamento, reinam as regras do sistema acusatório, como as garantias constitucionais do cidadão, bem como a separação das funções para pessoas distintas do Juiz.

De acordo com a inteligência de Paulo Rangel (2015, p. 52), as características do sistema misto são as seguintes:

- a) A fase preliminar é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, se valendo do auxílio da polícia judiciária, pratica todos os atos que forem úteis para a formação de um juízo de probabilidade que autorize, ao menos, a acusação, pois, sem ela, não há e nem pode haver processo – *nemo iudicio sine actore*. Observa o autor que, em alguns países (como França e Espanha), esta fase é conhecida como “juizado de instrução”;
- b) Também a respeito da fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o (suposto) autor do fato é tido como mero objeto da investigação, de modo a não lhe proporcionar contraditório e ampla defesa. Isso se deve à influência trazida pelo sistema inquisitivo;
- c) Por sua vez, a fase judicial é inaugurada com a acusação penal feita, via de regra, pelo Ministério Público. Nessa fase será feito um debate oral, público e contraditório, visto já existir a plena igualdade de direitos entre as partes – acusação e defesa;
- d) O acusado, nessa segunda fase, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, de modo que o órgão acusador é quem deve demonstrar sua culpa, se valendo, para tanto, do devido processo legal; e
- e) O procedimento na fase judicial é contraditório, assegura ao acusado o direito à ampla defesa e seus atos devem ser públicos e regidos pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.

Contudo, se percebe que o sistema misto é uma inquisição dentro de uma parte do processo como um todo, o qual conterà, evidentemente, como meios de prova, elementos constituídos na fase pré-processual, a qual não estava sob a proteção das garantias constitucionais, notadamente ao contraditório e à ampla defesa, de modo que este sistema mitiga a possibilidade de um julgamento ímpar – pelo juiz – dos acusados e acusadores.

1.4. Sistema Processual Adotado pela Constituição Federal

A respeito deste tema existem controvérsias, pois, há grande discussão relacionada a qual é o modelo processual adotado pelo Brasil, não havendo um posicionamento firmado nesse sentido. As discussões quanto ao tema acontecem, em sua maioria, por conta de que alguns conceitos moldados pelo Código de Processo Penal de 1941 possuem entendimentos bem diferentes dos atuais, o que dificulta sua conciliação e adequação com alguns princípios e valores da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, aparentemente prevalece o entendimento, tanto jurisprudencial como doutrinário, de que a República Federativa do Brasil adotou, na verdade, o sistema acusatório. Nesse diapasão, Avena (2018, p. 64) explica que: “[...] a consagração do modelo acusatório está clara em várias disposições da Constituição Federal, em especial aquelas que se referem à obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX) e as garantias de isonomia processual (art. 5º, I) do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LV) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII).”

Complementando a explicação precitada, Machado (2009, p. 11) aduz que:

A partir do momento em que a Constituição Federal entregou as funções de investigar à polícia judiciária (art. 144); encarregou o Ministério Público (art. 129, I) ou o particular (art. 5º, LIX) das funções de acusar; atribuiu ao Poder Judiciário a competência para o julgamento das causas criminais (arts. 92 a 126); assegurou a imparcialidade dos juízes (art. 95, parágrafo único); garantiu o direito de defesa e o contraditório (art. 5º, LV); e decretou a publicidade dos atos judiciais como regra (art. 5º, LX), não há dúvida de que consagrou o princípio do processo acusatório, enquanto processo das partes, com a rigorosa separação entre funções de investigar, acusar, defender e julgar.

Ainda, é válido mencionar que o Supremo Tribunal Federal já prolatou decisão pela impossibilidade de o juiz determinar de ofício a realização de novas diligências probatórias, quando o Ministério Público houver se manifestado pelo arquivamento da investigação (STF – HC nº 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19.12.2002, p. 92). Tal decisão, aponta evidentemente para adoção de um sistema acusatório.

Por outro lado, alguns estudiosos do direito processual classificam que o Brasil adotou o sistema misto ou inquisitório garantista, pois, muito embora tenha incorporado regras pertinentes ao sistema acusatório – notadamente na Constituição Federal –,

agasalhou resquícios do sistema inquisitivo na legislação infraconstitucional, como exemplo a faculdade conferida ao juiz de produzir provas *ex officio*, conforme art. 156 do CPP ^{1 2}:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Adepto a essa corrente de pensamento, Pacheco (2006, p. 49) assevera que “[...] o juiz pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento das partes, determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou processo penal, como busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc. [...]”. Isso tudo, de acordo com o nobre referido autor, conduziria ao entendimento de que “o sistema inquisitivo domina claramente no Brasil”.

No mesmo trilhar, leciona Nucci (2007, p. 104) que:

O sistema adotado pelo Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é o acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva.

Além disso, seria outra característica de o país ter adotado o sistema misto, a possibilidade de o juiz poder requerer a instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP - Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo), bem como poder decretar a prisão preventiva do acusado (artigo 311, do CPP – Em qualquer fase da investigação policial ou do processo

¹ (Capez, 2016, p. 101) *Característico do processo penal, dado o caráter público do direito material sub judice, excludente da autonomia privada. É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes a colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença. Por óbvio, é inegável que, mesmo nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, porquanto “o que não está nos autos, não está no mundo”.*

² (Grinover, 2007, p.71) *No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando, no processo civil, se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada. Isso porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas nos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença.*

penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial), dentre outras mais.

Lopes (2016, p. 29) defende uma posição um pouco diferente das acima citadas, afirmando que, na atualidade, “[...] dizer que um sistema é misto é não dizer quase nada sobre ele, pois mitos todos são”. A frente disso, para classifica-lo como acusatório ou inquisitório, o nobre autor sugere uma análise do princípio fundante ou informador do sistema, tendo em vista que a mera separação inicial das atividades ou poderes atribuídos a pessoas distintas ou a uma só, não basta para classificar qual é o sistema processual adotado.

O supradito princípio informador varia de acordo com a atuação do juiz no curso do processo. Quando o juiz está comandando a instrução probatória – determinando de ofício diligências, por exemplo – restará presente o princípio informador inquisitivo, de modo que sistema processual adotado seria o inquisitório. Porém, quando o comando da instrução probatória estiver com as partes do processo – requerendo a realização de diligências à autoridade, por exemplo – exposta estará a adoção do sistema acusatório.

Explica, ainda, Lopes Júnior (2016) que a separação inicial das atividades é insuficiente quando, mesmo que depois, o juiz vem a assumir um papel claramente inquisitorial – convertendo prisão em flagrante em preventiva ou mesmo decreta uma preventiva no curso do processo (art. 310, do CPP); determinando busca e apreensão (art. 242) ou sequestro de bens (art. 127); alterando classificação jurídica dos fatos (art. 383) e etc. Isso porque, para o autor, caso fosse adotado um sistema de fato ou puramente acusatório, o juiz deveria manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo.

Nesse sentido, há que se entender que (LOPES JR.) no Brasil vigora um sistema chamado de neoinquisitorial, pois, além de ter contornos e resquícios do sistema inquisitório, o juiz participa ativa e diretamente na produção de provas:

Todas essas questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo.

Inobstante, não é um absurdo ou algo descabido adotar o entendimento de que o sistema processual vigente na República Federativa do Brasil é o acusatório. A uma, porque, via de regra, sempre se busca observar as garantias constitucionais do ser humano (devido processo legal, paridade entre as partes, imparcialidade do juiz, fundamentação, separação das funções, etc), notadamente dentro de um processo. A duas, em razão da disposição prevista pelo artigo 129, inciso I, da Constituição Federal (“São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”), que resguarda ser o Ministério Público o titular privativo da ação penal de natureza pública e, assim, desde que não se passe essa titularidade ao magistrado, o sistema será o acusatório.

2. AÇÃO PENAL

2.1. Da atuação do Ministério Público

Antes que se possa falar a respeito da ação penal, suas condições e princípios, faz-se mister discorrer brevemente a respeito da função atribuída, notadamente pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Penal, ao Ministério Público.

De acordo com a Magna Carta, o Ministério Público é uma instituição autônoma e independente dos Poderes do Legislativo, Executivo e Judiciário, que serve de meio para o Estado promover a justiça.

Para melhor conceituar o Ministério Público, cita-se o artigo 127 da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

Art. 127. O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para fazer valer o que está disposto no citado artigo, a instituição do Ministério Público tem como maior característica seu conjunto basilar de princípios, que se encontram estampados no §1º, do art. 127, da CF/88, sendo eles considerados como expressos, que são: unidade, indivisibilidade e independência funcional. Ademais, grande parte da doutrina afirma que a instituição também se baseia em outros princípios, como o da indisponibilidade e da irrecusabilidade.

O princípio da unidade estabelece que o órgão ministerial é um só, isto é, não comporta uma divisão funcional. Desse modo, seria incorreto afirmar que existem vários Ministérios Públicos pelo fato de ele ser dividido por atribuições, como do Trabalho, Militar ou Eleitoral. Portanto, embora ele possa se dividir em diferentes atribuições, sua função institucional ainda é a mesma. De acordo com Marcelo Goulart (2010), o verdadeiro conteúdo desse princípio está em seu sentido, não de unidade estrutural ou divisão administrativa, mas de comunhão de objetivos e finalidades.

Do princípio da indivisibilidade decorre a possibilidade de um membro do Ministério Público atuar representando outro, sem causar qualquer prejuízo ao processo, e de não implicar em descontinuidade de sua atividade. Isso porque quando um membro do Ministério Público faz sua função, é, na realidade, a instituição, como um todo, que está fazendo, já que o *Parquet* não atua em nome próprio.

O princípio da independência funcional indica que não existe subordinação hierárquica entre os membros do órgão ministerial, nem sequer em relação à sua chefia. É por essa razão que gozam de independência, funcional, financeira e administrativa. Cada membro do Ministério Público apresenta-se manifesta nos autos de forma livre, pautada tão somente em sua consciência e, claro, nas disposições legais, tanto quando atua na função de *custos legis* ou como *dominus litis*.

Com isto posto, é possível discorrer a respeito da principal função institucional do Ministério Público, conforme inciso I do art. 129, da CF/88:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]

Portanto, evidencia-se que é de titularidade exclusiva do Ministério Público o exercício da ação penal pública, na forma da lei, não podendo acontecer nem mesmo a instauração de ação penal *ex officio* pelos juízes.

Atualmente, o Ministério Público exerce um papel duplo no processo penal, pois, conforme mencionado acima, ele pode atuar como *dominus litis* (acusador) e também como *custos legis* (fiscalizador da ordem jurídica). Nesse sentido, expressa Avena (2018, p. 156):

Na órbita criminal, o Ministério Público representa o Estado-Administração, incumbindo-lhe, primordialmente, nos crimes de ação penal pública, deduzir perante o Estado-juiz as providências necessárias para que se concretize a pretensão punitiva; e, nos delitos de ação penal privada, fiscalizar a instauração e o desenvolvimento regulares do processo, bem como o cumprimento e a aplicação da lei ao caso concreto.

Assim, quando atua como *dominus litis* (art. 257, I, do CPP) sua função é, primordialmente, acusar e buscar a punição do indivíduo que infringiu as leis, devendo atuar, entretanto, de maneira imparcial – de acordo com a maior parte da doutrina –, pois ainda se está tratando da tutela de interesses sociais.

Por outro lado, quando atua como *custos legis*, o órgão ministerial fica encarregado de fiscalizar a execução da lei (art. 257, II) e de requerer a absolvição do réu, se não tiver se convencido de sua autoria delitiva (art. 385).

2.2. Conceito de Ação Penal

O atual ordenamento jurídico brasileiro, adota, conforme já explicado, o sistema processual acusatório, de modo que o impulso do processo é tarefa do Ministério Público, quando ação é pública, ou do particular, se ação for privada.

A ação penal (NUCCI, 2005, p. 121) pode ser compreendida como um direito do Estado-acusação ou da vítima de ingressar em juízo, para solicitar a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas ao caso concreto. É por meio da ação que o Estado, em razão ter havido uma infração penal, busca a punição devida ao infrator. Cabe ressaltar que não existe possibilidade de se obter a punição, na órbita penal, sem o devido processo legal, ou seja, sem ter garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa, que são consequências naturais do direito de ação.

A prestação jurisdicional se classifica em duas formas: ação penal pública ou ação penal privada. Essa divisão é, na verdade, um critério de atribuição da legitimidade para propor a ação penal. Nesse sentido, Lopes Jr. (2018, p. 199) aduz que:

Na sistemática brasileira, para saber de quem será a legitimidade ativa para propor a ação penal, deve-se analisar qual é o delito (ainda que em tese) praticado, verificando no Código Penal a disciplina definida para a ação processual penal. Mas não basta analisar o tipo penal supostamente praticado, deve-se verificar todo o “Capítulo” e às vezes até o “Título” no qual estão inseridos o capítulo e a descrição típica.

A ação penal pública, se classifica em ação penal pública condicionada e ação penal pública incondicionada. Lado outro, a ação penal privada, se divide em ação penal privada genuína, ação penal privada subsidiária da pública e ação penal privada personalíssima.

Para o estudo desenvolvido no presente trabalho, é pertinente apenas a análise da ação penal pública, a qual é de titularidade privativa do Ministério Público, lembrando que, na ação privada, tal instituição exerce a função de *custos legis*, mas não é o titular da ação.

A ação pública incondicionada está exposta no art. 24, do CPP, e art. 100, do CP, conforme seguinte:

CPP. Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

CP. Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Esse tipo de ação penal pública tem vez na apuração de delitos penais que lesem o interesse da coletividade, ou seja, algo que o Estado deveria proteger, mas não conseguiu. Também é nesse tipo de ação que a vontade do ofendido (interessado ou vítima) é dispensada. Nesse respeito, Renato Brasileiro de Lima muito bem a explica (2017, p. 246):

O titular da ação penal pública incondicionada é o Ministério Público (CF, art. 129), e sua peça inaugural é a denúncia. É denominada de incondicionada porque a atuação do Ministério Público não depende da manifestação de vontade da vítima ou de terceiros. Ou seja, verificando a presença das condições da ação e havendo justa causa para o oferecimento da denúncia, a atuação do Parquet prescinde do implemento de qualquer condição.

Por outro lado, em alguns delitos, conforme expressa previsão legal, é exigida a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça para que seja proposta a ação penal. Para esses casos dá-se o nome de ação penal pública condicionada.

Para melhor compreensão, faz-se necessário abordar, mesmo que de modo muito breve, o que se entende por esse instituto. Representação é a manifestação do ofendido ou de seu representante legal no sentido de que possui interesse na persecução penal, ou seja, de que quer ver o infrator sofrendo a devida punição. O motivo de, em alguns crimes, reservar à vítima ou ao seu representante legal o juízo de oportunidade e conveniência da instrução processual penal é evitar a produção de novos danos em seu patrimônio moral, social e psicológico, em face de uma possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato delituoso. Soma-se isso ao fato de que em certos delitos, que afetam imediatamente o interesse particular e apenas de modo mediato o interesse público, a produção probatória fica é dificultada por falta de cooperação da própria vítima. Daí o motivo pelo qual se condiciona o exercício da ação penal à manifestação de vontade do particular ofendido (LIMA, 2017, p. 249).

Insta destacar que não significa dizer que não é o Ministério Público que promove a ação penal pública condicionada, mas que, para fazer isso, o órgão precisa que o ofendido ou seu representante legal manifeste o interesse na propositura da ação ou que o Ministro da Justiça requisite-a, conforme o caso. Tanto assim o é, que o órgão ministerial pode deixar de ofertar a denúncia e promover o arquivamento do inquérito, desde que verifique, para tanto, a inexistência dos requisitos para o prosseguimento da ação penal.

2.3. Das Condições da Ação Penal

Com o passar dos tempos, o ordenamento jurídico brasileiro passou a exigir o preenchimento de certos requisitos para que se pudesse exercer regularmente o direito de ação. As ditas “condições da ação” foram criadas pela Teoria Geral do Processo, com o principal fito de interligar os elementos da ação (parte, pedido e causa de pedir) com as questões de mérito e de admissibilidade do processo.

Conforme doutrina majoritária, as condições da ação são representadas pela legitimidade de agir (partes), possibilidade jurídica do pedido (pedido) e interesse de agir (causa de pedir). Portanto, se não vislumbrada a presença de tais condições, o direito de ação não pode regularmente ser exercido.

Neste ínterim, existem duas teorias que merecem ser citadas, a teoria eclética e a teoria da asserção. A primeira, que foi desenvolvida por Enrico Tullio Liebman, traz a ideia de que o direito de ação está ligado à obtenção de uma sentença de mérito proferida pelo magistrado, seja ela favorável ou desfavorável. Em outras palavras, para os adeptos a tal teoria, só existe o direito de ação se existir uma sentença de mérito proferida pelo magistrado e, para que esta exista, é necessário o preenchimento de certos requisitos ou condições da ação.

Lado outro, para a teoria da asserção (Didier e Marinoni), o juiz deve analisar a presença das condições da ação com base nos elementos fornecidos pelo autor em sua própria petição inicial, tomando-os como verdadeiros, sem ter a necessidade de desenvolver algum raciocínio. Desse modo, se, mesmo com falta de um desenvolvimento cognitivo, o juiz constatar a ausência de uma das condições da ação, deverá extinguir o processo sem resolução de mérito por carência de ação. Entretanto, se for necessário que o magistrado analise de maneira mais aprofundada a presença das condições da ação, a eventual carência de ação passa a ser analisada como mérito, que gerará uma improcedência ao pedido do autor, capaz de fazer, inclusive, coisa julgada formal e material.

Embora a doutrina majoritária brasileira adote a teoria eclética (Leibman) das condições da ação, o STJ, de uns tempos pra cá, tem preferido a teoria da asserção. Nesta senda:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDIÇÕES DA AÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AFERIÇÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS. SÚMULA 5. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 17/04/2012.

Recursos especiais interpostos em 23/01/2014 e 24/01/2014 e atribuído a este gabinete em 26/08/2016. 2. O propósito recursal da recorrente ACHÉ consiste em analisar a possibilidade jurídica do pedido de arbitramento de honorários advocatícios na relação ocorrida entre os recorrentes. Por sua vez, o recurso de DE ROSA tem o propósito de restabelecer o arbitramento de honorários advocatícios contida na sentença de 1º grau de jurisdição, bem como discutir o termo inicial da correção monetária. 3. Nos termos da jurisprudência do STJ, as condições da ação, entre elas a possibilidade jurídica do pedido, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial, dispensando-se qualquer atividade instrutória. 4. A interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial é inadmissível. 5. Recurso especial de ACHÉ conhecido e não provido. 6. Recurso especial de DE ROSA não conhecido. (REsp 1748452/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 15/03/2019).

E, ainda, em 2014:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. BEM INTEGRANTE DE QUINHÃO HEREDITÁRIO CEDIDO A TERCEIRO. LEGITIMIDADE ATIVA. TEORIA DA ASSERÇÃO. 1. Tem prevalecido na jurisprudência desta Corte o entendimento de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial. 2. Assim, faltarão legitimidade quando possível concluir, desde o início, a partir do que deduzido na petição inicial, que o processo não se pode desenvolver válida e regularmente com relação àquele que figura no processo como autor ou como réu. Quando, ao contrário, vislumbrada a possibilidade de sobrevir pronunciamento de mérito relativamente a tais pessoas, acerca do pedido formulado, não haverá carência de ação. 3. No caso dos autos, a petição inicial afirma que o de cujos era o legítimo proprietário do imóvel. Nesses termos, impossível sustentar, a partir do que fixado pela teoria da asserção, que o espólio seja parte ilegítima para ajuizar ação reivindicatória quanto a esse bem. 4. A alegação trazida em sede de contestação, no sentido de que o imóvel integrava quinhão hereditário cedido a terceira pessoa denota circunstância que deve ser sopesada no momento do julgamento do próprio mérito da demanda. O fato de o espólio ser ou não o proprietário do bem repercute na procedência ou improcedência do pedido, não na análise das condições da ação. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no REsp 1035860/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014).

Ao passo que o antigo Código de Processo Civil mencionava expressamente o termo “condições da ação”, em seu revogado artigo 267, bem como também apontava quais as eram, o novo CPC deixou de utilizar o referido termo e também referenciar a possibilidade jurídica do pedido, conforme seus novos artigos 17, 337, XI, e 485, VI e §3º. Veja-se:

CPC/1973 – Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;”

CPC/2015 – Art. 17. Para postular em juiz é necessário ter interesse e legitimidade.

CPC/2015 – Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual;

CPC/2015 – Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI – verificar ausência de legitimidade ou interesse processual; (...) § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI, e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Assim, uma parcela dos doutrinadores sustenta que as condições da ação não mais existem como uma categoria autônoma da teoria geral do processo (Didier e Marinoni). Em contrapartida, outra parcela (Renato Brasileiro de Lima, por exemplo) tem sustentado que não significa dizer que a categoria “condições da ação” teria sido extinta pela simples razão de o Novo Código de Processo Civil não ter se referido a essa terminologia. Ademais, no Código de Processo Penal o termo “condições da ação” tem expressa referência em seu artigo 395, II:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) II – faltar pressuposto processual ou condições para o exercício da ação penal.

Portanto, principalmente na esfera processual penal, não há que se desconsiderar de plano a categoria “condições da ação penal”, de modo que a relação processual (ainda) passa a existir quando da junção das condições: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade processual e interesse de agir.

A respeito da possibilidade jurídica do pedido, sempre foi considerada uma condição genérica de toda ação, notadamente a penal, pois, o pleito do autor deve encontrar, pelo menos em teoria, amparo no ordenamento jurídico. Isso porque não se pode admitir que o Judiciário seja movimentado, gerando custos para a população, por causa de um pedido que, nem em teoria, é possível.

O motivo de a possibilidade jurídica do pedido não ter mais expressa referência no CPC é, na verdade, o fato de doutrina processualista civil ter um formado um consenso de que a possibilidade não se trata mais de uma condição, porque deve ser enfrentada como mérito. O próprio autor da teoria eclética, Liebman, já tinha chegado à conclusão de que a possibilidade jurídica do pedido se confunde com o mérito.

Isso porque, o magistrado, no início da ação, analisa se estão presentes os requisitos de interesse de agir e legitimidade processual. Se estiver, ele receberá a inicial, para, só então, desenvolver um raciocínio cognitivo, analisar o mérito e verificar a possibilidade jurídica de atender ou não ao pleito do autor.

Portanto, para o NCPC, a possibilidade jurídica do pedido, ou a sua impossibilidade, não é mais considerada uma condição da ação penal, mas algo que deve ser enfrentado como mérito. Entretanto, o entendimento, sob a ótica processualista penal, encontra ligeira divergência em alguns casos. Nesse sentido, muito pertinente se faz a lição de Renato Brasileiro (2017, p. 204):

O pedido formulado pela parte deve se referir a uma nova providência admitida pelo direito objetivo, ou seja, o pedido deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico, referindo-se a uma providência permitida em abstrato pelo direito objetivo. Entende-se que não se afigura conveniente a instauração e o desenvolvimento de um processo quando, desde logo, se afigura inviável o atendimento em absoluto da pretensão, seja porque a ordem jurídica não prevê providência igual à requerida, porque a ordem jurídica expressamente a proíba, seja porque o ordenamento jurídico impede a manifestação judicial sobre a questão.

Daí se extrai que, se houver a manifesta presença da impossibilidade jurídica do pedido, o magistrado deve, de plano, negar provimento à ação, julgando-a improcedente. Nestes casos, é que tem vez a figura da improcedência liminar do pedido, prevista pelo art. 332, do NCPC.

O referido instituto consiste na decisão jurisdicional que, antes mesmo da citação do demandado (réu), julga improcedente o pedido formulado pelo demandante (autor). Porém, é importante destacar duas observações: trata-se de uma técnica de aceleração do processo, que tem vez quando da manifesta improcedência do pedido; e a ausência de citação não implica em violação ao contraditório, pois o julgamento é de improcedência, inexistindo, portanto, qualquer prejuízo ao demandado.

Quanto à condição de legitimidade processual, entende-se como a existência da pertinência subjetiva da ação, ou seja, diz respeito a quem pertence o direito de ingressar em juízo, tanto no polo ativo como no passivo.

Assim, no polo ativo, quando se trata de um crime de ação penal pública o legitimado é, em regra, o Ministério Público (art. 129, II, CF/88), que a fará por meio da denúncia. De outro lado, se o crime praticado for de ação penal privada, o legitimado ativo será o ofendido ou seu representante legal, ou, ainda, em situações excepcionais, a queixa-crime poderá ser oferecida pelo curador especial ou pelos sucessores do ofendido, conforme o caso (arts. 31 e 33, CPP).

Lado oposto, no que tange ao polo passivo da ação, o legitimado será aquele sobre o qual recai a suspeita de autoria do fato delituoso, desde que tenha dezoito anos completos e goze de suas faculdades mentais.

Quanto à legitimidade de pessoa jurídica, é certo que ela pode possuir tanto a ativa quanto a passiva. A primeira (ativa) pode ser evidenciada quando, por exemplo, contra ela existir difamação, o que é plenamente possível, já que ela é dotada de honra objetiva. A segunda (passiva) pode existir, por exemplo, quando do cometimento de crimes ambientais ou contra o consumidor.

Porém, há que se fazer uma importante observação quanto à legitimidade passiva da pessoa jurídica no cometimento de crimes ambientais. Nesses casos, existe a Teoria da Dupla Imputação, da qual se entende que só se admite o oferecimento de denúncia em face da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais se a imputação também for feita à pessoa física que agiu em seu nome ou benefício. Nesse sentido, importante o julgado do STJ, em 2009:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18/6/07). 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para restabelecer a sentença condenatória em relação à empresa Dirceu Demartini ME. (REsp 989.089/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 28/09/2009).

Contudo, em julgamentos mais recentes, o STF deixou de lado essa Teoria da Dupla Imputação, sob o argumento de que a Constituição jamais fez qualquer exigência de sua aplicação. Veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a

pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (STF – RE: 548181-PR, Rel. Min. Rosa Weber, D.J: 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação 30/10/2014).

Vale dizer, que a tendência é de que o posicionamento dos demais tribunais deva se dar no mesmo sentido, ou seja, deixando de aplicar a referida teoria.

Finalmente, o interesse de agir se relacionada à efetividade do processo penal, ou seja, se trata de uma análise da utilidade da prestação jurisdicional. Em outras palavras, o interesse de agir significa ser preciso demonstrar a necessidade de se socorrer ao Poder Judiciário para atingir o fim desejado.

Conforme divisão doutrinária, o interesse de agir se divide em: (1) necessidade, (2) adequação e (3) utilidade. Por necessidade se entende que não se pode admitir que o Poder Judiciário se movimente quando não ficar demonstrada sua efetiva precisão. A adequação significa dizer que o provimento jurisdicional buscado pelo autor deve se adequar ao fato (observa-se que no processo penal a adequação não é muito relevante nas ações que se busca uma condenação, porque, nessa esfera, não existe mais de um tipo de ação condenatória). Por fim, a utilidade consiste na demonstração por parte do autor de que o provimento que ele pleiteia é útil para atender suas necessidades.

É necessário comentar, ainda, que, além das três condições já citadas, uma parcela doutrinária entende que existe mais um requisito que pode ser considerado como condição. Esse requisito autônomo consiste no *fumus boni iuris*, que se afigura na “justa causa para o início da ação penal”.

Seguindo os ensinamentos de Lima (2017, p. 214), justa causa é o suporte probatório mínimo (*probable cause*) que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários,

desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipada ou não repetíveis, que dê arrimo à acusação.

Portanto, esse “quarto requisito” para o exercício do direito de ação penal é bem relevante, pois, impede que se dê início a uma ação penal sem que haja, contudo, elementos suficientes para seu ensejo, que configuraria um processo dito leviano ou, ainda, desnecessário. Pelos ditos elementos suficientes, entende-se: 1) existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade; e 2) controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

2.4. Princípios da Ação Penal Pública

Antes de tratar a respeito da justiça consensual propriamente, é necessário se proceder a uma brevíssima análise de alguns princípios da ação penal pública relevantes para o bom seguimento do presente trabalho.

2.4.1. Oficialidade

Esse princípio, embasado no fato de o Estado ser, além de titular do *jus piniendi*, titular também do *jus psequendi in judicio*, se trata da atribuição jurídica conferida aos órgãos estatais para executar de maneira privativa a persecução penal.

Entende-se que a persecução penal acontece em duas diferentes ocasiões: (I) no momento em que se investiga o crime perpetrado, isto é, o inquérito policial e (II) no momento após o oferecimento da denúncia, ou seja, a ação penal propriamente dita.

De maneira muito sucinta, a investigação preliminar fica a cargo da polícia judiciária (art. 4º, CPP) e a ação penal pública deve ser iniciada pelo Ministério Público (art. 129, I, CF/88), quando, a partir das investigações preliminares, este vislumbrar elementos suficientes para tanto (em geral, indícios de autoria e materialidade delitiva).

Nesse sentido, Renato Brasileiro (2017, p. 249):

Consiste na atribuição da legitimidade para a persecução criminal aos órgãos do Estado. Em outras palavras, a apuração de infrações penais, fica em rega, a cargo da polícia investigativa, enquanto que a promoção da ação penal pública incumbe ao Ministério Público, nos exatos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal. Aplica-se à ação penal pública, tanto na fase pré-processual, quanto na fase processual.

É oportuno dizer que o princípio em comento comporta duas situações de exceção, não sendo, portanto, algo absoluto no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira situação excepcional é a ação penal privada subsidiária da pública (art. 29, CPP e art. 5º, LIX, CF/88), que consiste na possibilidade de o ofendido apresentar a peça inicial acusatória quando o membro do MP deixar transcorrer o lapso temporal de seu oferecimento. Nessa ocasião, a ação que penal promovida possuirá natureza privada, e não pública, mesmo que o crime perpetrado seja passível de ação penal pública.

A outra exceção do referido princípio é a Ação Penal Popular, prevista pelo art. 14, da Lei nº 1.079/1950, que trata a respeito dos crimes de responsabilidade, bem como de seu processamento, permitindo que qualquer cidadão denuncie, junto à Câmara dos Deputados, o Presidente da República e/ou o Ministro de Estado.

Cabe observar, ainda, que nos casos de ação penal pública, seja condicionada ou incondicionada, o princípio da oficialidade atua nos dois momentos da persecução penal, e, de outro lado, na ação penal de natureza privada, sua atuação se restringe somente na primeira fase, pois, não cabe ao particular proceder à investigação criminal.

2.4.2. Indisponibilidade

Com fundamento nos artigos 42 e 576, do CPP, este princípio expressa a ideia de que, depois de iniciada a ação penal, é vedado ao Ministério Público dela dispor, ou seja, desistir ou “abrir mão”. A razão disso é que a ação penal pública tutela não só o direito de um indivíduo, mas um direito social, que é buscado por uma instituição pública e, portanto, se esta dispor da busca estará abrindo mão de cuidar da sociedade como um todo. Daí se diz que a ação penal pública é indisponível.

Vale dizer, ademais, que o este princípio também é aplicável na fase recursal, pois, estabelece que o Ministério Público, da mesma forma que não pode desistir da ação penal pública que haja proposto, não poderá desistir do recurso eventualmente interposto.

Da mesma forma que o Ministério Público é obrigado a propor uma ação penal pública quando tiver reunido elementos suficientes para sua propositura, diga-se indícios de autoria e materialidade delitiva, ele também é obrigado a continua-la, sendo-lhe vedado a desistência. Adianta-se que em termos gerais é isso que dispõe o princípio da obrigatoriedade, que ainda será melhor tratado neste trabalho.

Como única exceção indiscutível a esse princípio elenca-se a previsão do art. 89, da Lei nº 9.099/95:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público poderá propor suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77, CP).

Assim, desde que o acusado tenha preenchido os citados requisitos impostos pela lei, o Ministério Público pode apresentar a proposta referida e, se o acusado a aceitar, o juiz poderá homologa-la, suspendendo, assim, a persecução penal.

Trata-se de uma exceção porque, se findado o prazo de suspensão previsto (dois a quatro anos) e o acusado não tiver cometido outro crime, ou eventualmente contravenção penal, sua punibilidade estará extinta, de modo que o MP abriu mão da persecução penal.

Contudo, há que se ressaltar que, muito embora o órgão oficial de acusação não possa dispor da ação penal, no sentido de dela desistir, é possível que este se manifeste pela absolvição do acusado, pois, não se trataria de desistência nesse caso, mas de uma medida que, na visão do *Parquet*, é justa. Em outras palavras, se trata de uma certeza que o órgão ministerial tem de que o acusado não é o infrator punível, ou seja, se vislumbrou não ser ele que cometeu o fato ilícito.

É possível, então, que o Ministério Público tenha oferecido a denúncia em face do acusado, o magistrado tenha dado prosseguimento à persecução penal, mas, analisando as provas produzidas no processo, o *Parquet* tenha evidenciado não haver motivos para buscar a condenação do denunciado. Nessa hipótese, ele pode se manifestar pela absolvição em sede de alegações finais e isso não configurará desistência da ação penal.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2018, p. 202) explica que quando o MP pede a absolvição, não o faz por “imparcialidade” e tampouco por dispor da ação penal, senão que, como agente público, está obrigado à estrita observância dos princípios da objetividade,

impessoalidade e, principalmente, legalidade. Logo, é absolutamente ilegal acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo, quando não existe justa causa, punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade.

2.4.3. Indivisibilidade e divisibilidade

Na hipótese de existir mais de um sujeito ativo no delito, isto é, mais de um criminoso, a regra é que ação penal pública seja oferecida contra todos eles, não se deixando sequer um de lado. Isso é o que se chama de princípio da indivisibilidade da ação penal pública.

Contudo, há que se falar do princípio da divisibilidade desse tipo de ação, visto que é possível que ela seja intentada face a um ou a mais criminosos e, em face de outros, se permaneça investigando, para, somente após de reunidos elementos suficientes, se propor a demanda.

Nesse espeque, Avena (2018, p. 306) apresenta uma justificação quanto à aplicação do princípio:

Esse procedimento pode justificar-se tanto na necessidade de serem buscados maiores elementos para amparar o processo penal em relação aos investigados que não constaram no polo passivo da inicial, como em questão de estratégia processual. Esta opção do promotor de justiça em não ajuizar, de plano, a ação penal contra todos os envolvidos, fazendo-o apenas em relação a um ou alguns deles, não acarreta qualquer tipo de preclusão quanto aos demais, mesmo porque são consolidadas, na doutrina e na jurisprudência, tanto a possibilidade de aditamento da denúncia a qualquer tempo (desde que antes da prescrição do crime, obviamente) para inclusão de coautor ou partícipe que não tenha integrado o polo passivo da relação processual, como a viabilidade de propositura de nova ação penal contra o corresponsável não incluído em processo já sentenciado.

Observa-se que, de qualquer modo, havendo vários indiciados no inquérito e nem todos sendo denunciados, o promotor de justiça deverá, no momento do oferecimento da denúncia, apresentar todas as razões que justificarem essa separação.

De outro lado, embora a jurisprudência seja mais consolidada e tendente à aplicação do princípio da divisibilidade, alguns autores defendem que se deve aplicar o princípio da indivisibilidade, ou seja, que se ofereça a ação penal pública contra todos os coautores e partícipes.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 241) expõe que:

Afinal, se vigora, quanto à ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade, não se pode admitir que o Parquet tenha qualquer margem de discricionariedade quanto aos acusados que figurarão no polo passivo da demanda.

Conforme se vê, essa segunda parcela da doutrina, que é minoritária, entende que se deve pender ao princípio da obrigatoriedade, ou seja, havendo elementos suficientemente informadores de culpa em face de uma, duas ou mais pessoas, o Ministério Público fica obrigado a oferecer a denúncia contra todos eles, não devendo deixar sequer um de fora.

2.4.4. Obrigatoriedade

Pelo princípio da obrigatoriedade se entende que o Ministério Público está obrigado a iniciar a ação penal, tão logo tenha identificado a hipótese de sua propositura. Em outras palavras, quer dizer que ele não pode se recusar a iniciar a ação penal, salvo, entretanto, se não houver seus requisitos ensejadores.

Este princípio tem uma considerável ligação ao princípio da legalidade, o qual não confere discricionariedade ao órgão ministerial no momento da propositura da ação, mas um dever absolutamente vinculado.

Sendo assim, reunidos elementos probatórios mínimos de autoria e materialidade delitiva, fica o MP obrigado a promover a ação penal pública, isto é, oferecer a denúncia.

A justificativa do referido princípio, de acordo com os ensinamentos de Brandalise e Andrade (2018, p. 215), fica vinculada ao dever existir a perseguição de todas as notícias de fatos delituosos, com a finalidade de que se aplique sanções àqueles que cometem atos ilícitos. Em outras palavras, é para evitar que algum criminoso escape da punição devida.

Inobstante inexistir, seja na Constituição Federal ou no Código de Processo Penal, expressa referência ao princípio da obrigatoriedade, a doutrina majoritária elenca que sua vigência e dever de aplicação encontra-se implicitamente no art. 24, do CPP, que estabelece que é Ministério Público que promoverá a penal pública.

2.4.5. Oportunidade

Em contraposição à obrigatoriedade da ação penal pública, o princípio da oportunidade acentua que o Ministério Público tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica, de propor a ação penal quando do cometimento de um fato delituoso.

Com o advento do novo texto constitucional (1988), o princípio da obrigatoriedade sofreu certas relativizações, não mais sendo aplicado de maneira absoluta.

Atualmente, segundo Lopes Jr. (2016, p. 111), essa relativização tem sido encarada como uma discricionariedade regrada, pois, se encontra muito distante de qualquer consagração de oportunidade e conveniência, tratando-se apenas de situações muito restritas e devidamente disciplinadas das quais o MP fica com uma pequena (e bem estreita) margem de negociação com o imputado (com rígidos critérios legais, inclusive).

A título de exemplificação comenta-se, muito brevemente – pois melhor se tratará a diante –, o instituto da transação penal ou a composição civil dos danos, ambas previstos pela Lei nº 9.099/95.

A faculdade conferida ao órgão ministerial é exercida levando em consideração o atendimento ao interesse público, que deve, igualmente, ser atendido com a persecução penal. Nesse sentido, expõe Marques (1997, p. 308):

Dois são os princípios políticos que informam [...] a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade [...] e o princípio da oportunidade. Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão só ele tenha notícia do crime e não existem obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade.

Seguindo o raciocínio, o princípio da oportunidade concede ao MP, quando figura na qualidade de autor da ação, a possibilidade de, diante de práticas supostamente delituosas, mas que aparentam ser de relevância social insuficiente (fatos de baixa culpabilidade e que não ferem fortemente o interesse público), deixar de propor a ação e pleitear, de outras maneiras (que ainda serão explicadas neste trabalho), a conscientização do suposto agente criminoso. Isso porque, em alguns casos, não há a necessidade de que o Estado exerça seu poder punitivo. Nesse ponto, imperioso é ressaltar que o direito penal, de acordo com

o princípio da intervenção mínima, é considerado o último recurso (*ultima ratio*) para o exercício do poder punitivo estatal.

Expressa, no mesmo sentido, Mubarak e Costa (2011) que:

Embora seja comum a afirmação de que o princípio da oportunidade apenas poderia ser aplicado às ações penais de iniciativa privada e às ações penais de iniciativa pública condicionadas à representação, parece correto que tal princípio seja estendido aos casos em que, em tese, caberia ação penal de iniciativa pública incondicionada. O princípio da obrigatoriedade não pode ser óbice a esta extensão, pois, como afirmam alguns autores, a obrigatoriedade não mais se coaduna com a ideia de um processo penal democrático. O fato de tal princípio abrir um espaço maior de atuação discricionária ao Ministério Público não acarreta nenhum tipo de estímulo ao subjetivismo como se poderia supor. É que o parquet poderia verificar a oportunidade, a conveniência, a utilidade, a nocividade ou a economicidade da sua atuação processual, ou mesmo a sua razoabilidade, sem prejuízo de continuar existindo o controle desta manifestação pela instância superior da Instituição, nos moldes do inquérito civil, ou mesmo na forma hoje prevista, pela aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Porém, em opinião contrária, Jardim (2016) defende que não se deve abrir exceções ao princípio da legalidade, porque isso importaria em conferir ao membro do Ministério Público o poder discricionário de denunciar ou não este ou aquele crime ou este ou aquele infrator. Complementa, ainda, aduzindo que o legislador incrimina determinada conduta como penalmente típica (define o crime) e o Ministério Público vira as costas e considera que tal conduta não tem relevância social (diz que não é crime).

Alguns autores, como Felício e Tourinho Filho (2013, p. 70), criticam a aplicação do princípio em comento, argumentando que sua aplicação poderia provocar violação à competência do Poder Legislativo.

Isso porque, não faria sentido que o Poder Legislativo dispusesse em texto legal que determinada conduta seria considerada como uma infração penal e que Ministério Público, embasado em critérios discricionários, concluísse pela sua inexpressividade. Seguindo essa ideia, o órgão estaria invadindo a competência de um outro Poder, na medida que passou a desconsiderar uma conduta como crime de relevância para punição.

Indo mais afundo às críticas, Jardim leciona que o princípio da oportunidade expõe o Ministério Público a pressões indesejáveis ou pelo menos, a suspeitas sobre a lisura de seu comportamento ativo ou omissivo”.

Porém, de outro lado, Freire Júnior (2018, p. 331), traz algumas críticas à aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade:

O princípio da obrigatoriedade da ação penal está morto. Essa utopia bem intencionada que, além de esquecer a cifra oculta de crimes, provoca a impunidade de vários delitos por uma impossibilidade física quantitativa de atuação dos membros do Ministério Público, foi, durante muito tempo, uma ilusão que justificou ações penais infrutíferas do ponto de vista de política criminal.

Nesse espeque, comenta-se que o atual sistema judiciário brasileiro se encontra bem congestionado, devido à exorbitante demanda de processos penais em curso. A consequência disso é, obviamente, o potencial aumento de morosidade nos provimentos judiciais, que, inclusive, só tendem a aumentar. Isto é, se torna um ciclo vicioso, pois, o primeiro atraso gera o segundo atraso, que gera o terceiro, e assim por diante. Desse modo, por vezes, a prestação jurisdicional acaba sendo ineficiente, porque, em uma vasta quantidade de processos a pretensão punitiva do Estado acaba prescrevendo.

Assim, com o escopo melhorar a prestação jurisdicional, essencial é reformular a estrutura adotada. Isto é, talvez seja melhor adotar, em certos casos, a aplicação do princípio da oportunidade da ação penal, e não o de sua obrigatoriedade. Isso porque, conforme já aduzido, a obrigatoriedade gera um aumento na quantidade de ações penais propostas, que, por sua vez, geram o aumento da morosidade nas decisões e, a ineficácia do sistema se torna maior.

Nesse sentido, leciona Rafael Martins da Costa Moreira (2014):

O processo judicial pode ser melhorado de diversas formas: investimento em modernização, informatização, treinamento, administração da justiça, reestruturação da legislação processual, sobretudo no que tange aos recursos, maior efetividade das ordens judiciais, qualidade dos serviços públicos, valorização dos juízes e dos demais operadores do direito, etc. A pura e simples expansão da máquina judicial, entretanto, não se afigura medida mais relevante. À exceção da escassez pontual de magistrados e servidores, a ser resolvida com criação de varas, tribunais e cargos, em casos específicos, não é o aumento desmedido do tamanho institucional da Justiça que viabilizará a celeridade e a eficiência processuais. Os meios alternativos de solução de conflitos, sobretudo mediante a substituição da cultura do litígio pela cultura da conciliação, é que revelam aptidão para tanto. Cabe ao juiz decidir apenas aqueles casos em que a solução extrajudicial é inviabilizada, seja porque a conciliação é incabível, seja porque foi infrutífera sua tentativa.

Defendendo o mesmo raciocínio, o nobre autor Luiz Flávio Gomes (2011) aduz que:

Nossa cultura litigante deve ser abandonada. É tempo de negociação, acordo e mediação. O Judiciário, por sua vez, deve ser reorganizado com políticas de desburocratização, valer-se das novas tecnologias, da própria informatização. Muita coisa deve ser desjudicializada (retirada do Judiciário), passando-se para o campo da mediação. Se nada for feito a morosidade vai continuar. Com isso a Justiça perde a sua justificação teleológica, que é a confiança da população. Pior é sua contribuição para a impunidade, no campo criminal.

Para finalizar o presente tópico, conclui-se, de momento, que é justamente com a finalidade de impedir ações penais ineficientes e melhorar a prestação jurisdicional, que muitos países, incluindo o Brasil, estão buscando medidas diversas da persecução penal para conscientizar o infrator e evitar o cometimento de novos crimes. Merece atenção que a razão disso é que o atual judiciário não tem condições e nem mecanismos suficientes para enfrentar todos os processos em trâmite. Portanto, se nada for feito, o descrédito no sistema penal pela população tende a aumentar e, por causa disso, a população poderia até mesmo, em alguns casos, voltar a buscar a punição pela vingança privada.

2.5. Aplicabilidade do Princípio da Oportunidade (justiça consensual)

Nos últimos tempos as afirmações no sentido de que o sistema processual penal brasileiro não tem encontrado êxito em sua aplicação tornaram-se comuns, seja por conta da demora na aplicação da pena ou seja pelo aumento da criminalidade no país. Assim, a opinião pública considera que o sistema está totalmente em crise. No caso da demora, há que se explicar que ela acontece devido à grande duração dos processos que, por sua vez, se deve à vasta quantia de ações penais existentes. No caso do aumento da criminalidade, é de se dizer que ela pode se dar – não que, de fato, se dê –, dentre vários outros motivos, pela sensação de que o crime não é punido e, então, cria-se a ideia de que qualquer um pode praticá-lo e sair impune.

Outra impressão que os cidadãos acabam tendo é a de que o sistema penal é seletivo, uma vez que deixa de promover a investigação e a punição de diversos criminosos por parâmetros não explicitados no Código Penal ou Processual Penal vigentes no país. Contudo, é fato que essa impressão é conduzida pela falta de recursos, tanto materiais como humanos, não conseguindo, assim, à enorme demanda de ações penais em curso.

Assim, é de se afirmar que o grande problema, tanto para o sentimento de impunidade como ao de seletividade penal, é a existência de uma sobrecarga no sistema processual penal brasileiro. Nesse sentido, Fernandes (2001, p. 96) aponta que a crise penal revela dois aspectos:

1) inflação legislativa em matéria penal, com excessiva criminalização e conseqüente hipertrofia de todo o sistema, levando ao enfraquecimento da eficácia intimidatória da sanção; e 2) congestionamento processual, com a deletéria conseqüência de morosidade na tramitação dos processos e, em decorrência, diminuição do efeito de prevenção geral do sistema penal.

De acordo com Gomes (2007, p. 398), existem três modelos de resolução de conflitos penais, dentre os quais vislumbra-se o modelo consensual de justiça, ou também conhecido como consensuado.

O primeiro modelo é o dissuasório clássico, fundado na implacabilidade de resposta punitiva estatal, que se imagina ou se imaginava ser suficiente para a reprovação do crime praticado e para prevenção de futuros outros. Nesse tipo de direito penal, conhecido como punitivista-retributivista – pois a finalidade é puramente punir o infrator retribuindo-o com uma pena – não existiria espaço para nenhum outro fim à pena, que não punir. Assim, nesse raciocínio, do qual ao mal do crime há o mal da pena, nenhum delito poderia escapar da inderrogável sanção e do castigo. Portanto, acredita-se que somente o direito penal inflexível, duro e inafastável é capaz de deter a criminalidade, haja vista que estaria se valendo de um “contra estímulo” ao crime, a pena.

O segundo modelo, conhecido como ressocializador, atribui à pena uma finalidade um pouco mais abrangente, que é a ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). Nesse modelo acreditava-se que o direito penal poderia, de maneira eficaz, intervir na pessoa do delinquente, sobretudo quando ele estivesse preso, de modo a melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade.

Finalmente, o terceiro modelo, chamado de justiça penal consensual ou consensuada, funda-se no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou negociação. Em geral, afirma-se que se trata de uma prática conhecida como *plea bargaining*, que nada mais é do que um instituto processual norte-americano voltado para os moldes da justiça penal negocial consistente em um acordo (consenso, transação) entre as partes, para buscar a conscientização daquele que infringiu as leis e evitar o início de um novo processo, que tramitaria por anos e anos, congestionando mais ainda o sistema. Ressalta-se, ademais, que esse acordo celebrado deve ser homologado pelo magistrado, não bastando somente as vontades das partes.

Para Alves (2018, p. 218), a justiça consensual é o modelo “[...] caracterizado, basicamente, pela concordância dos envolvidos quanto ao desfecho do conflito penal.”

Nas últimas décadas, devido ao aumento da carga de processos criminais, com a consequente aglomeração no sistema judiciário brasileiro, nota-se que houve uma expansão da justiça consensual, justamente com o fito de trazer um sistema penal mais competente e menos moroso.

Vale dispor, ainda, que esse aumento se deveu muito aos delitos de menor gravidade, dos quais a prática é um pouco mais acentuada do que os de maior potencial ofensivo. Assim, a aplicação do modelo de justiça consensual passou a ser vista como uma possível solução para esse problema, pois, diminuiria ou acabaria com a morosidade do processo penal e evitaria, ainda, os efeitos da aplicação de uma pena privativa de liberdade.

Torrão (2000, p. 117), referindo-se a esse novo modelo de processo penal, defende que:

Torna-se, deste modo, urgente promover formas de reação penal que busquem, na medida do possível, dois objetivos fundamentais. O primeiro prende-se com a necessidade de emprestar celeridade e eficácia ao sistema penal no sentido de sua credibilização aos olhos dos cidadãos, potenciando-se o almejado efeito de uma prevenção geral integradora. O segundo respeita à necessidade de evitar os conhecidos efeitos criminógenos e dessocializadores da tradicional sanção penal – traduzidos no caráter estigmatizante da pena – e na perigosa habituação à vida carcerária que desadapta e desenraiza o indivíduo de uma vivência livre em sociedade.

No mesmo sentido, Mancuso (2010) também propõe a ideia de uma revisão conceitual, pois ela se mostra mais adequada para o alcance de um sistema penal mais efetivo e competente. Isso porque, mesmo com um aumento de funcionários públicos, juízes e promotores, bem como com a melhora do aparato judicial, não se foi possível atingir um aperfeiçoamento considerável na aplicação da justiça brasileira, visto que, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, a taxa de congestionamento do sistema judiciário no Brasil se manteve sempre alta e oscilando entre 70,6% e 73% durante os anos de 2009 a 2016 (2018). Assim, vejamos:

[...] propõe-se uma revisão conceitual, atualizada e contextualizada das noções de Jurisdição e de acesso à justiça, reconhecendo-se que o aumento quantitativo da oferta da prestação jurisdicional, além de não resolver o crescente aumento da demanda por justiça, ainda retroalimenta esse contexto, gerando uma expectativa social a que o Estado não consegue suprir, ou, tentando fazê-lo, incide nos equívocos do gigantismo judiciário e do tratamento massivo dos processos. A tese identifica na origem dos males o demandismo judiciário, à sua vez fomentado por uma leitura acrítica e irrealista do art. 5º, XXXV, da CF/1988. Propõe-se como opção o fomento aos meios alternativos de resolução dos conflitos, acompanhado da devida informação aos jurisdicionados.

Com isso posto, pode-se dizer que o Brasil já vem, desde a Lei nº 9.099/95 tentando ampliar a aplicação, no ordenamento jurídico nacional, de métodos consensuais no processo penal, como exemplo: a própria suspensão condicional do processo, a transação penal, a colaboração premiada, etc.

Contudo, não é possível deixar de notar que a lei referida é anterior à data dos dados acima expostos e quanto a isso cabe aduzir que, embora já existisse há muito tempo, sua aplicação não acontecia em muitos casos, mesmo porque se tratava somente de uma hipótese de justiça consensual – bem restrita, inclusive. Para resolver esse problema e, claro, objetivando uma ampliação desse novo modelo de justiça, passou-se à criação de outras formas de justiça criminal consensual, as quais serão trazidas em tópicos mais oportunos deste trabalho.

Tratado isso, será possível dar continuidade à exposição do assunto, analisando nos seguintes tópicos a justiça restaurativa e a justiça negociada, que são espécies (ou submodelos) do gênero (ou modelo) justiça consensual.

2.6. Espécies de Justiça Consensual

2.6.1. Justiça Restaurativa

Costuma-se dizer que o instituto da Justiça Restaurativa ainda está buscando um conceito concreto e absoluto, pois ainda não o tem formado. De acordo com Jaccould (2005), a tradução literal da expressão “restorative justice” é justiça restauradora, porém no português foi tida como “justiça restaurativa”. O mesmo autor aduz, ainda, que existem algumas outras terminologias como, a exemplo, “justiça transformadora”, “justiça relacional”, “justiça recuperativa”, entre outros mais.

Em linhas gerais, pode-se dizer que se trata de um instituto advindo da cultura anglo-saxônica baseado em um procedimento de consenso, no qual a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade eventualmente afetados pelo crime em questão, como sujeitos centrais, participam coletiva, voluntária e ativamente na construção de soluções dos traumas e perdas causadas pelo delito, ou seja, é a resolução de um conflito (Sica, 2007).

Para Albert Eglash (BRANDÃO, 2010), enquanto se tinha a punição como fundamento da justiça retributiva e a reeducação como o da distributiva, o terceiro modelo de resposta para o crime, a justiça restaurativa, adotava o de reparação.

A partir disso, a premissa maior da prática restaurativa é a reparação do mal causado pela prática do ilícito, que não é tido, pelo menos *a priori*, como somente um fato que contraria as normas positivas impostas pelo Estado, mas, sim, como um fato ofensivo à pessoa da vítima que quebra o pacto de cidadania em determinada comunidade. Então, antes de ser somente uma conduta típica e antijurídica que atenta contra os bens e interesses penalmente tutelados, a prática delitiva é tida como uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e, eventualmente, a comunidade (SICA, 2007).

Logo, como uma solução, a Justiça Restaurativa se vale do diálogo entre os envolvidos no conflito, avaliando, segundo suas capacidades de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do ilícito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa, de modo a curá-las satisfatoriamente. Em outras palavras, busca alcançar um resultado individual (para cada um: vítima, infrator e comunidade) socialmente terapêutico (pois se vale de métodos mais pacíficos).

Impossível deixar de observar que essa espécie de justiça consensual, justamente por ter como maior premissa a reparação do dano através do diálogo (negociação) entre os envolvidos, não enfatiza tanto a reparação material dos danos, ao menos da mesma forma que a justiça retributiva ou a distributiva o faz. Assim, a reparação do dano causado pelo ilícito, dentro da justiça restaurativa, pode ocorrer tanto moral como material ou, ainda, simbolicamente – isso porque o processo dialético pode resultar em diferentes formas de reparação (PINTO R. S., 2007).

Como características da prática restaurativa, é possível elencar a voluntariedade, a informalidade, o encontro e a inclusão. Ainda que, de maneira breve, entende-se necessário discorrer sobre tais características.

A voluntariedade é absoluta, pois as partes envolvidas nesse procedimento democrático de resolução de conflito devem livremente optar pela sua adoção. É informal porque, de modo bastante considerável, se distancia das formalidades que caracterizam o modelo comum de processo penal. O encontro, na verdade, se trata de um requisito indispensável para que bem se desenvolva a técnica restaurativa, haja vista o escopo ser a boa relação entre os envolvidos e nada melhor que um encontro para efetivar isso. A

inclusão é elencada como uma característica porque os cidadãos envolvidos contribuem para o processo de pacificação social em comento. Nesse respeito cabe, ainda, observar que a justiça tradicional bate de frente, porque o Estado impõe a vontade da lei (ausência de voluntariedade e, assim, de inclusão) e o distanciamento dos envolvidos na relação processual litigiosa é muito alto (daí a ausência de encontro e a presença de formalidade).

Tomando como base essas quatro características, a justiça restaurativa possui diversas modalidades de aplicação e, somente para melhor compreensão do leitor, necessário se faz destacar três delas: a mediação (*mediation*); as reuniões coletivas abertas à participação de pessoas da família e da comunidade (*conferencing*); e os círculos decisórios (*sentencing circles*).

Na mediação um terceiro, neutro, conduz as partes envolvidas no conflito a um diálogo sobre suas origens e consequências, de modo a facilitar que a solução ideal seja alcançada por meio de um acordo restaurativo. Assim, o mediador atua como um facilitador da transformação do comportamento dos conflitantes.

Nas reuniões coletivas e nos círculos decisórios acontece o que se chama de mediação ampliada, pois o diálogo sobre as origens e consequências do delito praticado e a consequente realização de um acordo restaurativo não ocorre em sede individual, mas coletiva e integrada à comunidade.

Explanada a ideia de voluntariedade e inclusão das partes envolvidas no conflito, não se poderia deixar de comentar que o instituo teria chances de lograr mais êxito em situações privadas, nas quais não se aplica a impositividade absoluta. Nesse sentido, Aras (2018, p. 300) expõe que:

A aplicação de práticas restaurativas é mais fácil nas ações penais privadas e nas ações públicas condicionadas, devido à autonomia da vontade da vítima. No entanto, pode ser empregada também em ações penais de iniciativa pública.

Em sede do Poder Judiciário e, notadamente, do criminal, a aplicação da Justiça Restaurativa, embora ainda tímida, encontra amparo na Resolução nº 225/2016 do CNJ, que dispõe a respeito da Política Nacional da Justiça Restaurativa no âmbito no Poder Judiciário.

Além disso, Aras (2018, p. 300) ainda trata do incentivo do CNMP na ampliação desse modelo de justiça:

Na Resolução CNMP 118/2014, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, visa-se assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição, declarando-se que, ao Ministério Público brasileiro, incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Em âmbito prático brasileiro, muito relevante é uma entrevista realizada como pioneiro na implantação desse método restaurativo, o juiz Asiel Henrique de Souza, do Tribunal de Justiça e dos Territórios (TJDFT), porque ele aborda várias questões atinentes ao novo modelo de justiça, sendo muito relevante destacar duas delas (SOUZA S. O., 2014):

A Justiça Restaurativa só pode ser aplicada em crimes considerados mais leves?

Não, pode também ser aplicada aos mais graves. No Brasil temos trabalhado ainda, na maioria das vezes, com os crimes mais leves, porque ainda não temos estrutura apropriada para os crimes mais graves. Em outros países até preferem os crimes mais graves, porque os resultados são mais bem percebidos. A diversidade de crimes e de possibilidades a serem encontradas para sua resolução é muito grande. Vamos supor que, após um sequestro relâmpago, a vítima costuma desenvolver um temor a partir daquele episódio, associando seu agressor a todos que se pareçam com ele, criando um “fantasma” em sua vida, um estereótipo. Independentemente do processo judicial contra o criminoso, como se retoma a segurança emocional dessa pessoa que foi vítima? Provavelmente se o ofensor tiver a oportunidade de dizer, por exemplo, porque a vítima foi escolhida, isso pode resolver essa insegurança que ela vai carregar para o resto da vida.

Mas a Justiça Restaurativa implica o não cumprimento da pena tradicional?

Não, as duas coisas podem ser e frequentemente são concomitantes. O mediador não estabelece redução da pena, ele faz o acordo de reparação de danos. Pode ser feito antes do julgamento, mas a Justiça Restaurativa é um conceito muito aberto. Há experiências na fase de cumprimento da pena, na fase de progressão de regime etc. Mas nos crimes de pequeno potencial ofensivo, de acordo com artigo 74 da Lei n. 9.099, de 1995, o acordo pode inclusive excluir o processo legal. Já quando falamos de infrações cometidas pelo público infantojuvenil há outras possibilidades como a remissão ou a não judicialização do conflito após o encontro restaurativo e o estabelecimento de um plano de recuperação para que o adolescente não precise de internação, desde que o resultado gere segurança para a vítima e reorganização para o infrator. Em São Paulo e no Rio Grande do Sul, por exemplo, há juízes com larga experiência na Justiça Restaurativa com adolescentes, por meio de um processo circular e desritualizado, mais lúdico.

Em tópicos anteriores, já foi apontado que atual sistema de justiça penal, focado na punitividade através da retributividade, não contribui de modo muito eficaz para a ressocialização do infrator e, mais que isso, sufoca o judiciário de processos penais. Assim, a adoção desse novo modelo de justiça torna-se imperiosa, pois mostra-se a pacificação

social, ao menos em alguns casos, uma solução muito mais adequada para atingir a real conscientização e ressocialização do infrator.

Nesse sentido, um exemplo prático de efetividade trazido pelo acima referido pioneiro na aplicação desse método de justiça merece destaque:

O senhor poderia nos contar um caso interessante aqui do TJDFT?

Há um caso recente que ocorreu em uma zona rural aqui do Distrito Federal, que era relativamente simples: dois vizinhos que brigavam em relação aos limites da terra ajuizaram um processo que foi resolvido na vara cível, confirmado no tribunal, mas depois continuaram a brigar pelos limites das águas de uma mina. Aquele conflito terminou desenvolvendo para a morte de alguns animais de uma das chácaras, feita supostamente por um dos vizinhos, além de ameaças, e decidimos encaminhá-lo para a Justiça Restaurativa. A solução foi muito interessante. A equipe entendeu por chamar para participar a Agência Nacional de Águas (ANA) e a ONG ambiental WWF, que trouxe como sugestão um programa chamado apadrinhamento de minas. Então aqueles dois confrontantes terminaram fazendo um acordo de proteção pela mina e ficaram plenamente satisfeitos com a solução. Tratava-se de um conflito que já estava na Justiça há mais de dez anos e que, embora com a solução já transitada em julgado, as coisas estavam se encaminhando para um desfecho trágico. Ou seja, a Justiça tradicional resolveu apenas um espectro do problema, o jurídico, mas as demais questões em aberto continuaram se acumulando, até que foi feito esse acordo criativo pelo Programa Justiça Restaurativa do TJDFT.

Portanto, torna-se possível concluir que a justiça restaurativa surge como um novo método de justiça criminal apto a suprir determinados defeitos e falhas que o sistema punitivo apresenta. Contudo, em seara cultural, para que o instituto da Justiça Restaurativa seja melhor aplicado e efetivamente bem implantado, necessário se faz reavivar as ideias do *favor libertatis*, sacrificando, ao menos de modo parcial, a aplicação contumaz e irracional, em alguns casos, da medida constritiva de liberdade. Seria preciso, ainda, acolher a noção de subsidiariedade do direito penal e dar mais espaço a outras formas de solução de conflitos. Isso porque, o direito penal não tem sido visto como a *ultima ratio*, como deveria ser, pois, ainda é aplicado em muitos casos como o único instrumento de solução de conflitos.

2.6.2. Justiça Negociada

A justiça criminal negociada, de acordo com Moreira (2014), tem por base a confissão do delito, a assunção de culpabilidade e o acordo sobre a quantidade de pena, inclusive a prisional, a perda de bens, a reparação dos danos, a forma de execução da pena

etc. Em termos gerais, nesse sistema está presente uma extrema liberdade de negociação atribuída ao órgão oficial acusador, sendo muito difícil sua aceitação da forma pura no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda seguindo a inteligência do supracitado escritor, nos Estados Unidos, país do qual os governos estaduais possuem autonomia para a definição de delitos e suas respectivas penas e procedimentos, esse método é amplamente utilizado, ficando o juiz como um mero homologador do resultado do acordo. Também conhecido como *pela bargaining* (barganha de declaração), diz respeito à declaração de culpa, ao pedido de culpa, ao *guilty plea*, que é um acordo entre a acusação e a defesa, do qual os acusados se declaram culpados em troca de algumas concessões, evitando, assim, um demorado e longo processo judicial.

Vasconcellos (2017) traz uma significativa definição de justiça criminal negociada. Veja-se:

[...] é o 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.

Alves (2018) relata que nos Estados Unidos estima-se que mais de 90% dos casos são resolvidos através da celebração desse tipo de acordo, ou seja, o *plea bargaining*, que é válido para todos os crimes, até mesmo os mais graves. Assim, basta o réu confessar, assumindo a sua culpabilidade e, conseqüentemente, a sua responsabilidade pelo delito cometido, e possibilidade de negociação de quase todos aspectos processuais lhe é dada. Esse acordo é celebrado entre o acusado, o defensor e o Ministério Público. Portanto, pode-se afirmar que a justiça negociada é regra no sistema jurídico penal norte-americano.

No sistema de justiça criminal brasileiro, com a considerável, mas não grande, relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, é possível vislumbrar que o acordo de colaboração premiada, previsto pela Lei nº 12.850/2013, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, em seu art. 3º e seguintes, é uma das poucas hipóteses de *plea bargaining*.

Contudo, observa-se que a aplicação desse tipo de justiça no Brasil ainda é muito tímida, estando bem distante de se assemelhar aos moldes do sistema estadunidense, o qual, conforme já tratado neste trabalho, utiliza na grande maioria dos casos a justiça criminal consensual.

Explanado isso, é possível avançar ao capítulo seguinte e expor algumas das poucas formas atuais de justiça negociada, ou mesmo restaurativa, existentes no ordenamento jurídico penal brasileiro.

3. JUSTIÇA CONSENSUAL CRIMINAL NO BRASIL

3.1. Transação Penal

A Transação Penal é um instituto jurídico derivado de uma determinação constitucional (art. 98, I, da CF/88), que, em linhas gerais, atribui ao Ministério Público a faculdade de dispor da ação penal, seja ela incondicionada ou condicionada (porém, neste último caso, exige-se a representação do ofendido ou de quem o represente), desde que atendidas as condições previstas em lei. Assim sendo, o autor da ação pode propor ao infrator a aplicação, sem denúncia e sem instauração de processo, de uma pena não privativa de liberdade.

Apenas com base nisso, pode-se notar que tal instituto se assemelha ao modelo de justiça consensual norte-americano. Contudo, não seria correto afirmar que com ele coincide. Isso porque, como já se sabe, a justiça norte-americana abre a possibilidade de negociação (*plea bargaining*) para mais de 90% dos crimes lá perpetrados (ALVES, 2018). No Brasil, porém, o mecanismo em comento destina-se apenas e tão somente para as infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas cuja pena máxima cominada em abstrato não supere o montante de 2 (dois) anos.

Além disso, existem outras duas importantes características da transação penal que lhe conferem relevante distinção do tradicional *plea bargaining* da justiça estadunidense, quais sejam: (a) a desnecessidade de confissão do delito e (b) o não forjamento da reincidência autuado, caso aceito e homologado pelo juiz.

Posto isso, o acordo de transação penal está estabelecido no art. 76 da Lei nº 9.099/95, conforme seguinte:

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

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

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

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

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

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

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

Alguns doutrinadores, como Jesus (2010, p. 73), entendem não se tratar da realização de um negócio entre o Ministério Público e a defesa, pois cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de logo, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa, de modo a encerrar o procedimento

De modo diverso, outros doutrinadores (majoritários), como Avena (2018, p. 881) e Capez (2016, p. 642), defendem se tratar, sim, de um acordo celebrado entre o MP e o autor do fato, pelo qual o primeiro propõe ao segundo uma pena alternativa (diversa da privativa de liberdade), dispensando, assim, a instauração de um processo penal. Dessa forma, inversamente à primeira corrente, não se trataria de um instituto que permite ao magistrado encerrar o processo, mas de um que, por meio de acordo, dispense sua instauração.

Quanto à discricionariedade conferida ao membro do Ministério Público, insta salientar que ela não é plena, ilimitada, absoluta, porquanto possui grandes limitações. Além disso, para que o *Parquet* possa, de fato, abrir mão do princípio da obrigatoriedade da ação penal, é necessário que estejam preenchidos os requisitos descritos pela lei acima citada. Assim, essa análise de conveniência e oportunidade do MP fica praticamente limitada à escolha da espécie da pena que será aplicada ao infrator.

Em relação aos requisitos para a celebração da transação penal, Lima (2016, p. 229) expõe que são os seguintes: 1) infração penal cometida seja considerada como de menor potencial ofensivo, isto é, que tenha como pena máxima abstratamente cominada tempo inferior a dois anos de privação de liberdade; 2) que não seja o caso de arquivamento do

termo circunstanciado, ou seja, é necessário que se tenha presentes os indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva; 3) que o autor da infração não tenha sido condenado, pela prática de crime, a uma pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (eventual condenação à pena restritiva de direitos ou multa ou pela prática de contravenção penal não impede a concessão do acordo em liça); 4) que o infrator não tenha sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pelo instituto em comento; e 5) que os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do delito se mostrem a ele (agente) favoráveis.

Ainda a respeito dos requisitos ensejadores da transação, insta salientar que, em se tratando de crime ambiental existe mais um pressuposto que deve ser cumprido, qual seja: a necessidade de comprovação de prévia composição dos danos ambientais causados pelo agente ou de sua impossibilidade de fazê-lo, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.605/98:

Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Nesse tipo de acordo celebrado entre o MP e o infrator, a atuação do juiz não se restringe somente à manutenção da legalidade de todos os atos, pois deve ele agir também como um mediador, de modo a colaborar com a discussão da proposta e zelar pelo esclarecimento do acusado a respeito de todas as consequências jurídicas da aceitação desse acordo. Já o ofendido, em compensação, além do aceite, não tem qualquer participação no acordo, ainda que presente no ato.

Ademais, a decisão que homologa o acordo de transação penal possui natureza jurídica de sentença, mas, por outro lado, não gera efeitos de reincidência, tampouco Maus Antecedentes, e, ainda, é apelável se existente vício de consentimento.

No que tange ao seu procedimento, depois de oferecida a proposta pelo órgão acusatório e aceita ela pelo autor do fato, será (a transação) submetida à apreciação do magistrado (§3º). Em sendo ela acolhida, o juiz procede à sua homologação.

Relativamente aos efeitos da decisão homologatória do acordo de transação penal, vale salientar que ela ficará registrada não para gerar reincidência ou Maus Antecedentes – como já afirmado –, mas, tão somente, para impedir que o mesmo benefício venha a ser dado dentro dos próximos cinco anos (§4º). Assim, em resumo, é de se afirmar que (JESUS

D. , 2010, p. 85) essa sentença de homologação não gera: a) condenação; b) reincidência (§4º); c) lançamento do nome do autor no rol dos culpados (parte final do §4º); d) efeitos civis; e, por último, e) maus antecedentes.

Observa-se, além, que nesses casos de transação penal, não são admitidas sanções acessórias ou secundárias da condenação, de modo a ficar estabelecidas apenas aquelas que foram discriminadas na proposta aceita pelo autor do fato e homologada pelo magistrado.

Conforme se vê, a transação penal se mostra uma saída deveras favorável ao acusado, a uma, pois evitará todos os problemas de um desenvolvimento do processo, tanto a ele como para ao Estado, e, a duas, por não gerar os gravíssimos efeitos de uma condenação comum, não maculará sua vida após. Ademais, esse acordo também se mostra no mínimo colaborador para com a acusação, tendo em vista que haverá uma aplicação de pena sem a existência de uma longa atividade persecutória, fazendo, assim, com que o MP possa melhor direcionar e concentrar seu esforço para a apuração de crimes de maior potencial ofensivo (LEITE, 2009).

Existe grande debate a respeito de o acordo de transação penal se tratar ou não de um direito subjetivo do autor do fato delituoso. Contudo, é majoritário o entendimento de que se trata, sim, de um direito subjetivo do acusado, haja vista que, se preenchidos os requisitos ensejadores à sua proposta, o MP deve o fazer, sendo que, caso não o faça, deverá justificar todos os motivos de sua recusa.

Em continuidade, outro detalhe relevante à presente exposição é a impossibilidade de o magistrado o propor *ex officio* o acordo de transação penal quando o Ministério Público se recusar a fazê-lo. Nesse sentido, Cunha (2018, p. 959) assevera que:

A par de se compreender a transação penal como um direito público subjetivo do autor do fato, não se permite que o juiz, por isso, promova ele próprio a oferta de transação penal. Deverá, então, remeter os autos ao procurador-geral que, então, promoverá ele próprio a oferta, designará membro do MP para fazê-lo em seu nome (longa manus) ou insistirá na recusa em ofertar a transação penal. Nesse último caso, então, estará o juiz vinculado a essa recusa e o caso será mesmo de se prosseguir na persecução penal com a oferta da correspondente ação penal.

Exatamente quanto a essa perspectiva, o STF já destacou que “É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de o Poder

Judiciário conceder os benefícios previstos no art. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 sem que o titular da ação penal tenha oferecido tal proposta ³.”

É relevante, ainda, tecer breves considerações a respeito da possibilidade de o próprio querelante, quando de uma ação penal privada, ofertar a proposta de transação penal ao autor do fato. Nesse respeito, Avena (2018, p. 880) assevera que:

[...] majoritariamente tem-se considerado viável sua ocorrência, e [...] compreende-se ser do ofendido essa legitimação, alegando-se que, sendo ele o titular exclusivo da ação penal, descabe ao Ministério Público interferir mediante a elaboração de proposta de transação penal com o autor do fato que, se por ele aceita e cumprida, impedirá o desencadeamento do processo criminal.

No âmbito do STJ tem-se sustentado e confirmado que, além de ser possível a proposta de transação penal pelo ofendido em crimes de ação privada exclusiva, é dele mesmo a legitimidade para tanto e não do MP ⁴⁻⁵.

Ainda no âmbito do mesmo tribunal, também ficou decidido que, em havendo manifestação contrária do querelante, no sentido de que não possui interesse na aplicação de qualquer instituto tido como despenalizador ao infrator, não seria aplicável o da transação penal, ainda que a vontade do MP seja oposta a ela ⁶.

Encaminhando para o final deste tópico, relativamente às consequências do descumprimento da transação penal pelo acusado (beneficiado), cabe mencionar que existiam duas grandes correntes doutrinárias divergentes entre si. Uma delas defendia que, em havendo esse descumprimento da transação, o juízo deveria converter a pena aplicada para uma privativa de liberdade. A outra, porém, afirmava que o descumprimento não poderia acarretar em tal conversão, porquanto não teria havido a persecução penal por meio de um devido processo legal, que permitiria ao acusado o contraditório e a ampla defesa, frente a um juiz imparcial.

Para colocar um fim em tal discussão, o STF, por seu Pleno, em 16/10/2014, entendeu, por meio da edição da súmula vinculante nº 35, o seguinte:

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,

³ Inq. 3438, Rel./Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 11/11/2014, DJe-027 de 10/02/2015

⁴ STJ, 5.ª Turma, HC 60.933/DF, DJ 23.06.2008; HC 31.527/SP, DJ 28.03.2005; ED no HC 33.929/SP, DJ 29.11.2004.

⁵ STJ, APn 634/RJ, DJ 03.04.2012.

⁶ STJ, REsp. 1.374.213/MG, DJ 19.08.2013.

possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

A partir disso, a conclusão a que se chegou foi de que, nos casos de descumprimento injustificado da transação penal, o *Parquet* terá duas opções: (a) oferecer denúncia e, com o recebimento dela, iniciar o devido processo legal; ou (b) solicitar, ainda em fase de investigação, a realização de diligências com o fito de obter mais provas, caso entenda que naquele momento não estejam presentes provas suficientes para o oferecimento da denúncia. É importante, ainda, observar que esse entendimento se fundamenta no fato de que a decisão homologatória da transação penal não faz coisa julgada material, mas apenas formal.

3.2. Acordo de Leniência

Trata-se de mais um modelo de justiça consensual, conhecido também como acordo de brandura ou de doçura⁷. Em linhas gerais, é uma espécie de colaboração premiada, porém estabelecida nos arts. 86 e 87 da lei que trata a respeito do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência (Lei nº 12.529/2011), bem como nos 197 a 210, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Esse tipo de acordo teve origem no direito norte americano, com o escopo de manter a ordem concorrencial e coibir a prática de infrações contra a ordem econômica. Afinal, o princípio da livre concorrência é disposto expressamente na Carta Magna, em seu art. 170, IV, como um dos princípios constitucionais e basilares da ordem econômica nacional.

O acordo de leniência é celebrado entre a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), atuante em nome da União, e pessoas físicas ou jurídicas que cometeram infrações contra a ordem econômica. Esse negócio celebrado permite ao(s) autor(res) do fato típico que colabore com as investigações – no próprio processo administrativo –, apresentando provas inéditas e suficientes o bastante para a condenação dos demais envolvidos, para, em troca, obter alguns benefícios, como: extinção, total ou

⁷ Damásio Evangelista de Jesus, dispõe que o acordo de leniência “significa que à colaboração do autor de infrações à ordem econômica, sejam administrativas ou penais, corresponde um tratamento suave, brando, da autoridade administrativa ou judicial” (Phoenix: o órgão informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo, nº 1, fev. 2001).

parcial, da ação punitiva da administração pública ou alguma redução da penalidade imposta pelo CADE.

De acordo com a inteligência de Ramos (2015, p. 163):

O acordo de leniência é um instrumento de defesa da concorrência por meio do qual um ou mais agentes que praticaram infração à ordem econômica cooperam voluntariamente com as investigações em troca de redução da pena ou até mesmo do perdão total. Trata-se de instituto equivalente à delação premiada do direito penal.

Como já afirmado, o programa de leniência tem a possibilidade de ser celebrado quando do cometimento de infrações contra a ordem econômica. Tais infrações podem assim ser compreendidas como aquelas praticadas por pessoa física ou jurídica que cause ou possa a vir causar: 1) prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; 2) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; 3) aumento arbitrário de lucros; ou 4) o exercício abuso de posição dominante dentro do mercado econômico. Nesse espeque, a formação de cartel, a influência de conduta uniforme, a existência de preços predatórios, fixação de preços de revendas, restrição territorial ou basilar de clientela, celebração de acordos indevidos de exclusividade, o negócio de venda casado, a recusa de contratação e o *sham litigation* (abuso do direito de petição) podem ser elencados como alguns exemplos de atos que poderiam caracterizar infrações contra a ordem econômica e que, portanto, seriam o “fato gerador” do acordo de leniência.

Além disso, Ayres (2015, p. 245) traz os principais requisitos para a celebração desse acordo:

O acordo de leniência somente poderá ser celebrado se preenchidos, de forma cumulativa, os seguintes requisitos, que estão previstos no parágrafo 1º do art. 16 que são: a) a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; b) a pessoa jurídica tem de cessar completamente seu envolvimento na infração investigada, a partir da data de propositura do acordo; e c) a pessoa jurídica deve admitir sua participação no ilícito. Deve cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo. Deve também comparecer, sob suas expensas, sempre que for solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Quanto ao seu procedimento, é previsto pelo Direito Econômico, por meio do Regimento Interno do CADE. Esse regimento divide a celebração da leniência em três etapas: I) proposta de acordo; II) fase de negociação; e III) formalização do acordo.

No caso, a proposta de acordo é feita pela pessoa física ou jurídica autora da infração contra a ordem econômica, que, voluntariamente, manifesta seu interesse em participar do programa, indicando a conduta anticoncorrencial em relação a qual pretende celebrar o acordo de leniência e, por consequência, colaborar com as suas investigações. Submetida a proposta inicial do acordo, inicia-se a fase de negociação, na qual aquele que propõe deverá apresentar documentos e detalhar as condutas praticadas em ofensa à ordem concorrencial. Finalmente, assim que concluída a apresentação dos documentos e prestadas as informações sobre a conduta a ser apurada, tem-se o início da terceira e última fase, chamada de formalização do acordo, que apenas poderá ser alcançada se o CADE concordar com a proposta.

Ainda quanto ao procedimento, dispõe o art. 86, §9º, da Lei nº 12.529/2011, que as duas primeiras fases (proposta e negociação) se procederão de maneira sigilosa, de modo que, caso a proposta seja rejeitada e, assim, não houver acordo, não terá divulgação e apenas deverão os documentos serem restituídos ao proponente.

De outro lado, se aceitas as duas primeiras fases, a formalização do acordo porá fim no sigilo do acordo, salvo se este deva ser mantido em razão de interesse coletivo, como exemplo, a existência de documentos que representem segredo industrial. Corroborando o aludido, o STJ decidiu que⁸ “[...] a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência.”

Por final, cabe esclarecer que existe também um acordo de leniência que engloba a prática de crimes contra a administração pública, nacional ou estrangeira, cuja disposição está no art. 17 da Lei nº 12.846/2013. De modo muito resumido, é um acordo celebrado entre particulares envolvidos em ilícitos administrativos (como exemplo, alguns da Lei de Licitações) e a Administração Pública, por meio do qual aqueles colaboram com a investigação em troca de algum benefício em sua sanção. Contudo, tal instituto não será objeto do presente trabalho.

⁸ STJ, REsp 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016

3.3. Parcelamento de Débito tributário

Embora não trate diretamente de direito processual penal, vale a pena trazer à baila algumas considerações a respeito do parcelamento do débito tributário, visto que, dada a mitigação do princípio da obrigatoriedade, ainda está abarcado pela justiça consensual brasileira e dela constitui uma modalidade.

O Governo Federal implantou tal instituto no ano de 1996 por meio da Lei nº 9.430 e, mais especificamente, em seu artigo 83, veja-se:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

§1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§5º O disposto nos §§ 1o a 4o não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

Isso aconteceu porque houve um reconhecimento, por parte do Governo, das dificuldades enfrentadas pela maioria das sociedades empresárias para manter em dia todas as suas obrigações financeiras, inclusive aquelas surgidas com a legislação tributária nacional. Assim, como um meio de política econômica mais voltada ao empresário, o programa de parcelamento proporciona a ele uma possibilidade de renegociar seus débitos

tributários com uma significativa redução de juros e multa, bem como com um prazo maior para o adimplemento.

Apenas para melhor compreensão do leitor, o parcelamento do débito tributário é uma forma de o particular adimplir com as obrigações tributárias, que não haja pago (vencidas) ou que possivelmente não conseguirá pagar (não vencidas), em um determinado número de parcelas ou prestações.

Nessa senda, é certo que quando o particular deixa de pagar um tributo devido ao Estado ele incorre em alguma ilegalidade e, após a devida apuração de uma representação fiscal para fins penais, por ela deverá responder. Porém, nos dias atuais, essa regra possui uma exceção, que é o parcelamento do débito tributário. Isto é, se trata de uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pois sua formalização é realizada antes do recebimento da denúncia e, se aceita, acarreta na suspensão da pretensão punitiva estatal, impossibilitando, assim, o oferecimento da inicial acusatória pelo membro do Ministério Público e a consequente continuidade do processo.

É de suma importância observar que, diferentemente do que acontece em outros institutos tidos como despenalizadores no âmbito jurídico, o requerimento de um parcelamento dos débitos tributários implica, invariavelmente, em uma confissão irretratável da dívida. Em outros termos, nenhuma insurgência mais poderia ter o contribuinte contra o ente tributante em razão daquele tributo, visto que ele já o confessou.

Todo o acima exposto é tido como termo geral no assunto de mitigação do princípio da obrigatoriedade relativamente à débitos tributários, porque com o decorrer dos anos várias leis passaram a tratar desse tema, podendo-se mencionar, a título de exemplo, quatro parcelamentos especiais concedidos pelo Governo Federal desde os anos 2000: o Programa de Recuperação Fiscal⁹ (REFIS), o Parcelamento Especial¹⁰ (PAES), o

⁹ Lei nº 9.964 de 10 de abril de 2000 - Seu objetivo inicial é a renegociação de dívidas tributárias contestadas pelas empresas na Justiça. Para que possam abrir mão dos processos, o governo oferece descontos sobre os juros e as multas, além da possibilidade de parcelamento. Ao contrário do que parece, programas dessa natureza não têm por finalidade favorecer os sonegadores, mas alcançar as empresas que se utilizam de meios legais para postergar ao máximo o pagamento de tributos, devido às suas dificuldades financeiras.

¹⁰ Lei nº 10.684 de 30 de maio de 2003 - É um programa de parcelamento oferecido pelo Estado de São Paulo para promover a regularização dos créditos do Estado, decorrentes de débitos de ICMS, constituídos ou não, inclusive os inscritos em Dívida Ativa, ajuizados ou a ajuizar. Para aderir ao Programa, caberá ao contribuinte selecionar, por meio da internet, os débitos tributários a serem parcelados.

Parcelamento Excepcional¹¹ (PAEX) e o da Lei nº 11.941/09¹² (REFIS-CRISE). Em suma, todos foram editados como uma forma de permitir que os contribuintes em dívida com a União em geral pudessem regularizar sua situação de um modo um pouco mais vantajoso.

3.4. Termo de Ajustamento de Conduta

É um instituto jurídico previsto pelo art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85 e pelo art. 14, da Recomendação nº 16/10 do CNMP, conforme a seguinte redação:

Art. 5º - § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados o compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Recomendação nº 16/10, CNMP. Art. 14. O Ministério Público poderá firmar o compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º deste Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

O termo de ajustamento de conduta (TAC) é um instrumento jurídico, por meio do qual o MP e alguns outros órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública (art. 5º, I a V, da LACP¹³) colocam ao provocador do dano a interesses difuso, coletivo ou individual homogêneo (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.), o compromisso de se adequar à legislação vigente, reparando o dano causado, ainda que por meio de eventual medida compensatória, bem como com a possibilidade de ter uma obrigação de fazer e/ou de não fazer.

¹¹ Medida Provisória nº 303 de 29 de junho de 2006 - O Paex parcelamento excepcional é oferecido para pessoas jurídicas optantes pelo parcelamento de débitos para com a Fazenda Nacional, que pode ser pago em até 130 dias. Além disso, os débitos que ainda não foram constituídos devem ser confessados na entrega da declaração original ou retificadora. Mas nos casos sem obrigatoriedade, a declaração Paex deve ser utilizada.

¹² Em linhas gerais, se trata de um parcelamento dos débitos tributários que são originados devido a uma situação de crise econômica mundial. Seu nome deriva da crise econômica mundial, que atingiu as empresas brasileiras, especialmente exportadoras, no período de 2008 a 2010. Também é válido mencionar que o parcelamento abrange também os débitos de pessoas físicas.

¹³ Art. 5º *Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.*

Quanto à sua propositura, o MP pode fazê-lo na fase extrajudicial, durante uma investigação, no curso de um inquérito-civil ou de um procedimento preparatório, sempre que existe lesão ou ameaça de lesão a um direito ou interesse tutelado pelo órgão ministerial.

Nessa toada, é importante destacar que o TAC constitui um dos instrumentos mais eficazes na solução de litígios, na medida em que dispensa a atuação direta do MP – e, por via de consequência, a própria coletividade por ele representada – de recorrer ao judiciário (em nome do coletivo) e por vezes ficar a espera durante anos por um julgamento definitivo de uma demanda de tamanha complexidade. Em outras palavras, o TAC traz, de modo muito mais ágil o resultado pretendido pelo MP – quando comparado à adoção de um procedimento comum.

Ademais, defende-se a celebração do TAC máxime porque, devido à natureza de suas hipóteses de propositura (violação ao direito do consumidor, ao meio ambiente, à infância e juventude etc.), a demora do judiciário na resolução do conflito poderia ocasionar em um dano definitivo ou de difícil reparação.

O objeto do compromisso de ajustamento de conduta é capaz de tratar de qualquer obrigação de fazer ou de não fazer, na esfera de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. Em outros termos, basicamente se presta à proteção a danos efetivos ou potenciais aos relacionados aos seguintes interesses: a) meio ambiente; b) ordem urbanística; c) ordem econômica e a economia popular; d) criança e adolescentes; e) idosos; f) pessoas portadoras de deficiência; g) consumidor; h) patrimônio cultural; i) investidores no mercado de valores; e j) qualquer outro interesse transindividual.

Outro ponto relevante do termo em estudo é que eles se mostram verdadeiros contratos celebrados fora do processo entre a parte legitimada e a parte ré, que dispensam homologação judicial para ter força executiva em caso de descumprimento.

É necessário registrar que qualquer legitimado pode propor o TAC sem a necessidade dos demais, visto que a legitimação é, nesse caso, disjuntiva – cada um tem a sua, desde que, claro, haja respeito às determinações legais quanto a tal compromisso.

Dando continuidade, é relevante trazer à baila uma discussão importante quanto ao tema, que é quanto à possibilidade de haver ou não o início de um processo penal após a celebração do TAC. Nesse espeque, boa parte da doutrina assevera que a celebração do

TAC retira o interesse jurídico de propor uma demanda judicial. No tocante a isso, Lima (2017, p. 236) expõe que:

É comum que a simples instauração de um inquérito civil ou a celebração de um termo de ajustamento de conduta resulte na solução da controvérsia, quer porque a conduta lesiva nem se iniciou, quer porque os seus efeitos maléficos são plenamente reparados, tornando ausente o interesse jurídico de se propor demanda judicial. Apresenta-se o termo de ajustamento de conduta, portanto, como importante instrumento de solução extrajudicial desses conflitos. Ademais, pelo princípio da subsidiariedade, como as sanções não penais serão suspensas em virtude da celebração e cumprimento do quanto pactuado no termo de ajustamento de conduta, não se afigura razoável, a nosso juízo, cobrar responsabilidade penal pela conduta delituosa.

Contudo, de modo totalmente diverso, no âmbito do STJ tem prevalecido o entendimento de que a assinatura do TAC não é e nem deve ser capaz de impedir a instauração de um processo penal, visto que aquele procedimento (TAC) ocorre na esfera administrativa, que, por sua vez, independe da penal. Assim, a assinatura desse compromisso, a reparação do dano causado e o posterior arquivamento do inquérito-civil público, são circunstâncias que não se prestam a excluir a tipicidade penal e, mais ainda, a impossibilitam o prosseguimento da persecução penal. Nesse sentido, elenca-se trechos de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça:

[...] A assinatura do termo de ajustamento de conduta com o órgão ambiental estadual não impede a instauração da ação penal, pois não elide a tipicidade formal das condutas imputadas ao acusado, repercutindo, na hipótese de condenação, na dosimetria da pena. (STJ, APn 888/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/05/2018, DJe 10/05/2018).

[...] A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera cível, que é independente da penal (RHC 24.499/SP - 6ª Turma - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe de 03.10.2011) [...] (RHC 31.877/TO - Relatora Ministra Laurita Vaz - Quinta Turma - julgado em 21.06.2012 - DJe de 29.06.2012).

[...] A assinatura de termo de ajustamento de conduta e a reparação do dano ambiental são circunstâncias que possuem relevo para a seara penal, a serem consideradas na hipótese de eventual condenação, não se prestando para elidir a tipicidade penal [...] (HC 187.043/RS - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - julgado em 22.03.2011 - DJe de 11.04.2011).

Quanto às suas hipóteses de proibição, tem-se que, como regra geral, fica vedada sua propositura quando alguma cláusula do TAC puder ferir disposição legal ou constitucional. Em sede mais específica, tem-se o exemplo da Lei de Improbidade

Administrativa, que veda sua propositura em determinados tipos de delitos previstos nessa própria lei.

Por fim, havendo descumprimento do ajustamento de conduta, a consequência é o protesto extrajudicial em cartório desse título ou mesmo a execução judicial dele. Isto é, nesse último caso, o MP pede ao magistrado que determine, por decisão judicial, o cumprimento das obrigações impostas, a adequação à legislação vigente ou mesmo o pagamento do ressarcimento do dano causado, sob pena de incorrer em uma sanção ainda pior que aquela prevista no próprio termo.

3.5. Colaboração Premiada

O acordo de colaboração premiada é também um instituto derivado da justiça consensual e adotado pelo direito processual penal brasileiro. Sem sombra de dúvidas este acordo possui nitidamente um viés negocial, tendo em vista que pressupõe (e pode-se dizer que até mesmo impescinde) o reconhecimento de culpa por parte do próprio infrator.

Assim, dadas tais características, guarda considerável semelhança ao *guilty plea*¹⁴ estadunidense, já tratado no presente trabalho. Inclusive, desde já vale comentar que tal instituto se mostra muito eficaz no combate ao crime organizado, porquanto é capaz de identificar uma maior quantidade de pessoas participantes do crime. Aliás, não é à toa que foi amplamente utilizado nos Estados Unidos (no período reconhecido como acirrado ao combate a esse tipo de crime) e na Itália (quando foi adotado com louvor em prol do desmantelamento da máfia na península itálica – basta lembrar das declarações prestadas por *Tommaso Buscetta* ao Promotor *Giovanni Falcone* (LIMA, 2016, p. 519)). Em linhas gerais, no direito norte-americano e, parcialmente, no direito italiano, tal instituto era proposto como uma transação penal, firmada por Procuradores Federais e alguns suspeitos, por meio da qual ficava prometida a estes a impunidade desde que (1) confessassem seu envolvimento e (2) prestassem informações, de fato, eficazes para atingir todos os membros da organização criminosa em investigação.

¹⁴“A formal response by the defendant to the affirmative assertions of the plaintiff in a civil case or to the charges of the prosecutor in a criminal case.” Em tradução seria: uma resposta formal do réu, em sentido de concordância (admissão de culpa), às afirmações feitas pelo autor, quando em um processo civil, ou pelo promotor de justiça, quando em um processo criminal (Plea, s.d.).

Em continuidade, no que tange ao seu início e admissão no direito brasileiro, Aras (2018, p. 297) expõe que:

[...] com conteúdo de pactuação, resulta da praxe forense, iniciada no caso Banestado, no Paraná, com base na Lei 9.807/1999 e na Lei 10.406/2002. De fato, em dezembro de 2003, foi celebrado o primeiro acordo de delação premiada no País, entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Paraná, de um lado, e Alberto Youssef, de outro, com homologação perante a Justiça Federal.

Para melhor compreender a colaboração premiada é de grande relevância conceitua-la como uma técnica especial de investigação, mediante a qual um ou mais dos coautores e/ou partícipes do ilícito penal, além de confessar que esteve envolvido na prática, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações que sejam capazes de colaborar a elucidação dos fatos, para, em troca, receber determinado prêmio legal (LIMA, 2016, p. 520).

Quando afirma-se que o agente terá que colaborar com as investigações, é possível elencar como o fornecimento de elementos que possam, de fato, facilitar na obtenção: de provas contra os demais autores dos delitos e contra a organização criminosa; de elementos que possa prevenir novos crimes; de informações que ajudem na recuperação do produto ou do proveito dos crimes; de informações que ajudem na localização da vítima com sua integridade física preservada. Lado outro, como prêmio legal a ser recebido pelo colaborador, se tratam de benefícios penais em geral, como a aplicação de uma pena mais branda, uma multa de menor valor ou, até mesmo, a garantia de uma não punição¹⁵. Porém, a última parte será mais detalhada no assunto procedimento.

A ferramenta de colaboração premiada desde os anos de 1999 já possuía algumas previsões embrionárias em diversos diplomas legais esparsos, como exemplos: a Lei de Proteção às Testemunhas – Lei nº 9.807/99 (arts. 13 a 15¹⁶); Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006 (art. 41¹⁷); e a Lei Antitruste – Lei nº 12.529/2011 (art. 87, parágrafo único¹⁸).

¹⁵ Art. 4º da Lei nº 12.850/2013, com alterações dadas pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019).

¹⁶ Art. 13 da Lei de Proteção às testemunhas. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: [...]

¹⁷ Art. 41 da Lei de Drogas. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

¹⁸ Art. 87 da Lei Antitruste. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a

O instituto da colaboração premiada propriamente, porém, veio a ser abordado de modo mais específico apenas com o advento da Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), em seus artigos 4º a 7º. Nesse espeque, o art. 4º do citado Códex definiu com precisão do que se trata a colaboração premiada, *in verbis*:

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.

Imperioso ressaltar, desde já, que tal acordo foi estabelecido como um meio de obtenção de provas dentro da investigação criminal e não como um meio de prova propriamente.

Em continuidade, a referida lei trouxe várias novidades em relação à persecução penal do crime organizado, abrangendo e muito sua aplicabilidade nos casos concretos. Já sua alteração, dada pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019), cuidou de melhor sistematizar como (relativamente às formalidades) esse instituto seria aplicado. Então, a partir daí, grande foi o avanço para o ordenamento jurídico.

Nessa linha de pensamento, a exposição de Pinto (2013) ainda é muito relevante e atual:

A Lei nº 12.850/2013 altera sensivelmente esse panorama, cuidando da forma e do conteúdo da colaboração premiada, prevendo regras claras para sua adoção, prevendo a legitimidade para formulação do pedido, enfim, permitindo, de um lado, maior eficácia na apuração e combate à criminalidade organizada, sem que, de outra, se arranhem direitos e garantias asseguradas ao delator.

celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Em complemento do que brevemente afirma-se acima, a colaboração premiada tem natureza jurídica de meio de obtenção de provas. Assim, não se deve olvidar que se trata, acima de tudo, de um instrumento voltado para o alcance de provas e não um meio probatório propriamente dito, já que a colaboração premiada, por si só, não é capaz de provar absolutamente nada. Não é à toa que o §16, do art. 4º, da Lei das Organizações Criminosas, alterado pelo pacote anticrime, veda a decretação de medidas cautelares, bem como o recebimento de denúncia ou queixa-crime e a prolação de uma sentença condenatória, com base apenas nas declarações do colaborador¹⁹.

Objetivando distinguir o que é meio de prova e o que são os meios de obtenção de prova, Badaró (2012, p. 270) ensina que:

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos - e não ao convencimento do magistrado.

Quanto à sua validade, é imprescindível que tenha a colaboração sido voluntária e, claro, efetiva para as investigações. Em primeiro, voluntária porque o colaborador não pode ter sido coagido a participar da negociação. Aliás, é importante destacar que a colaboração ainda é voluntária mesmo quando não tiver partido do próprio investigado/acusado, haja vista que não se exige espontaneidade (partir do colaborador), mas tão somente a voluntariedade (o aceite de acordo com suas próprias vontades) – portanto, nada impede que seja proposta pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia, conforme art. 4º, §2º, da Lei nº 12.850/2013. Em segundo, deve ser efetiva porque somente será concedido o prêmio legal se, com base nas informações fornecidas pelo colaborador, for obtido ao menos

¹⁹ Art. 4º. § 16. *Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

I - medidas cautelares reais ou pessoais; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - sentença condenatória. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

um dos resultados previstos e exigidos nos incisos do supracitado art. 4º da Lei do Crime Organizado.

Outro detalhe relevante é a desnecessidade de que o colaborador (investigado ou acusado) se demonstre arrependido da prática criminosa. Isto é, o benefício a ele, se cumpridas as exigências acima citadas, ainda é devido mesmo diante da ausência de sentimentos altruístas.

No que tange ao momento de propositura da colaboração, a partir da interpretação da lei extrai-se que pode ocorrer em três diferentes ocasiões: a) na fase de investigação criminal, tanto no inquérito policial como na investigação conduzida pelo próprio MP; b) durante o curso do processo penal, mesmo que já em fase recursal; e, até mesmo, c) após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, porém, neste caso, obviamente é a pena já aplicada que sofre alteração, sendo abrandada ou, ainda, perdoada.

Como benefícios ao colaborador, poderão ser concedidos os seguintes: a) não oferecimento de denúncia ou queixa-crime; b) perdão judicial; c) redução da pena de até 2/3, se ocorrer antes da prolação da sentença (art.4º, *caput*), e de até 1/2, se ocorrer após a sentença (art. 4º, §5º)²⁰; d) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e e) progressão de regime.

Portanto, são três as fases de colaboração premiada: 1) fase de negociação do acordo, a qual exige a presença de um defensor em nome do colaborador (art. 4º, §15)²¹, a qual termina com a formalização do acordo e não tem a participação do magistrado; 2) fase de homologação pelo magistrado, conforme exigência do art. 4º, §7º ²², na qual o juiz observa a regularidade, legalidade e voluntariedade da celebração; e 3) fase de sentença, em que se apreciará o mérito da colaboração premiada, ou seja, sua eficácia, e aplicará ou não o benefício ao colaborador, com a valoração de sua quantidade.

²⁰ Art. 4º. § 5º *Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.*

²¹ Art. 4º. § 15. *Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.*

²² Art. 4º. § 7º *Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I – regularidade e legalidade; II – adequação dos benefícios pactuados [...]; III – adequação dos resultados [...]; IV – voluntariedade da manifestação de vontade [...].*

É necessário frisar que o art. 4º, §6º²³, da lei em comento, determina que o juiz não pode participar, em qualquer hipótese, das negociações realizadas na primeira fase – MP ou Delegado e investigado/acusado. Nesse sentido, se restar verificado que o magistrado infringiu essa regra e participou das negociações, ainda que nada tenha dito, haveria grave violação ao sistema acusatório, bem como um grande risco de vicia sua imparcialidade, tendo em vista que as informações que teriam sido prestadas pelo eventual colaborador seriam, obviamente, capazes de incutir no julgador preconceções sobre aquele bem como sobre seus comparsas. Inclusive, ainda que as negociações não terminassem em um acordo, a opinião do julgador, que presenciou toda a negociação, já estaria formada em seu psicológico, dada a existência de confissão sobre os fatos criminosos ocorridos.

Não bastasse isso, é de se afirmar, ainda, que a presença do juiz, por si só, também poderia acarretar em uma indevida coerção com o intuito de fazer levar o investigado/acusado a aceitar a proposta. Portanto, não haveria voluntariedade.

Em continuidade, quanto à segunda etapa, vale dizer que o termo a análise por parte do magistrado consiste na regularidade (aspectos formais e procedimentais), na legalidade (existência de ofensa a algum dispositivo legal) e na voluntariedade do acordo (se não houve coação). Assim, complementado com os termos do art. 4º, §8º²⁴, da Lei nº 12.850/2013, o juiz possui três opções para decidir: homologar o acordo, indeferi-lo por não atender aos requisitos legais ou determinar que seja adequado ao caso concreto.

Referente à terceira fase, apenas salienta importância mencionar que será analisada a eficácia da colaboração (art. 4º, §11)²⁵, que determina ou não sua homologação de mérito, com a consequente aplicação dos possíveis benefícios.

Já encaminhando ao final do presente tópico, é importante estabelecer a distinção entre a colaboração premiada e a delação premiada, a qual, conforme Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 521), pode ser apelidada de chamamento de corrêu.

Na inteligência do referido autor, a colaboração premiada é mais abrangente, pois, o imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros,

²³ Art. 4º. § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

²⁴ Art. 4º. § 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

²⁵ Art. 4º. § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, hipótese da qual, será tido como mero colaborador.

Por outro lado, pode assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas que também participaram do crime, hipótese esta que seria a delação premiada (chamamento deorréu).

Por fim, ainda seguindo a inteligência de Renato Brasileiro, somente se deve falar em delação se o investigado ou acusado, além de mencionar quem estava junto no ato criminoso, também confessar a autoria da infração penal. Do contrário, caso a venha negar, imputando-a a um terceiro, tem-se o simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie (LIMA, 2016, p. 521).

3.6. Acordo de Não Persecução Penal (*plea bargaining*)

Como já mencionado neste trabalho, as ferramentas de justiça consensual estão evoluindo cada vez mais no ordenamento jurídico brasileiro e nele se incorporando, sempre com o intuito de solucionar as lides sem a utilização de um processo propriamente, que, também como já aludido aqui, gera grandes gastos ao Estado e, em muitas das vezes, se mostra ineficaz para a redução da criminalidade.

O acordo de não persecução penal foi criado pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e recentemente ficou disposto no art. 28-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime). Esse instituto é mais um que mitiga a regra de aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ou seja, é outra exceção.

O acordo em comento se destina a uma categoria de crimes que, logicamente, não são alcançados por aqueles já existentes e tratados no presente trabalho. Nesse espeque, Lima (2018, p. 197) considera que:

Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-persecução penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal

um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves.

Para melhor compreender o porquê esse instituto foi criado e, do mesmo modo, qual era e é o seu objetivo, se mostra conveniente expor as disposições do preâmbulo da Resolução nº 181/2017 do CNMP:

[...] Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;

Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e 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 [...].

É importante deixar bem esclarecido que a finalidade do acordo de não persecução penal, bem assim dos demais institutos que se excetam da regra da obrigatoriedade da ação, é poupar os recursos financeiros e, ao mesmo tempo, entregar resultados mais justos e satisfatórios àqueles que se socorrem ao judiciário.

Igualmente, outro fim buscado por tais institutos, e esse pode-se dizer que é indireto, é a melhor concentração de esforços em demandas mais complexas, que tratam de delitos mais graves (a exemplo: o homicídio). Isso porque o tanto órgão acusatório como o julgador, diante da ausência de mais um processo na fila de julgamento, acabam ficando com a possibilidade de melhor empreender seus esforços, atingindo, assim, uma resposta mais satisfatória à sociedade.

Postas tais considerações passa-se à análise do acordo de não persecução penal propriamente.

O aludido instituto tem previsão normativa, como já mencionado, no art. 28-A do CPP, conforme se segue:

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.

Portanto, a partir da simples leitura do referido dispositivo, percebe-se que o ANPP possui uma série de pressupostos cumulativos para sua propositura, não ficando o MP com a discricionariedade total para sua propositura, mas se sujeitando ao cumprimento de limitações legais. Esses pressupostos são: a) a existência de um procedimento investigatório em face do indiciado; b) esse procedimento deve ter sido suficiente para demonstrar ao MP que não seria o caso de arquivamento dos autos, isto é, é necessário que se tenha constatado a existência de justa causa para o oferecimento da denúncia; c) a infração praticada deve ter cominada como pena mínima o período inferior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade e não pode ter sido cometida com o violência ou grave ameaça à vítima; d) o investigado tem que confessar formal e circunstancialmente a prática do delito; e e) a celebração desse acordo tem que se mostrar necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Existe, ainda, conforme os incisos do artigo supracitado, algumas condições para que o acordo seja de fato concretizado, que podem ser estipuladas cumulativa ou alternativamente. São elas: I) reparar o dano causado à vítima ou restituir a coisa indevidamente pega, salvo comprovada impossibilidade de fazê-lo; II) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicadas como instrumento, produto ou proveito do crime, a ser elencado de acordo com critério do Ministério Público; III) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas pelo período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado também pelo MP; IV) pagar valores a título de prestação pecuniária, a serem estipulados nos termos do art. 45 do CP²⁶,

²⁶ Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. § 1o A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou

para entidades públicas ou de interesse social, também indicadas pelo MP, e preferencialmente àquelas que tenham como função a proteção dos bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pela prática criminosa; V) cumprir outra condição estipulada pelo MP, desde que seja proporcional e compatível a infração aparentemente praticada e sua reprovação e prevenção.

Quanto ao seu procedimento, o acordo de não persecução penal será formalizado nos autos do Procedimento Investigatório Criminal ou do Inquérito Policial, devendo conter principalmente: a completa qualificação do investigado, informações claras quanto às condições impostas, eventuais valores a serem devolvidos e seus respectivos prazos para cumprimento. De modo mais prático, o MP tem, como regra, dois momentos para celebrar o acordo: 1) após encerradas as investigações, ele requer o agendamento da audiência de propositura do acordo de não persecução penal e, se aceita, o propõe nessa audiência específica (§ 4º); e também 2) na própria audiência de custódia, porém, nesse caso, é necessário que já se tenha preenchidos todos os pressupostos e condições para seu oferecimento, inclusive a confissão voluntária do infrator.

Já no tocante aos seus sujeitos (§ 3º), será o membro do Ministério Público (que estipulará as condições para sua celebração), o investigado e seu defensor (que pode aceitar ou não a proposta, sendo que, caso aceite, estará admitindo ter praticado o delito) e o magistrado (que analisará os pressupostos e as validades das condições impostas pelo MP, e homologará ou não sua celebração).

Em continuidade, os autos juntamente com o acordo serão encaminhados à apreciação do magistrado.

Se o juiz considerar que o acordo é cabível e que suas condições são adequadas e suficientes para a reprovação e prevenção do delito aparentemente praticado, devolverá os autos ao MP para sua implementação, ou seja, para que inicie sua execução (§ 6º).

Por outro lado, caso considere o magistrado incabível a celebração do acordo, seja por inadequação ou abuso de suas condições, por insuficiência de reprovação e prevenção

privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

do crime, ou por qualquer outro motivo fundamentado, deverá remeter os autos novamente ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta, com a concordância do investigado e seu defensor, sob pena de recusa à sua homologação (§§ 5º e 7º).

Caso seja recusada, de fato, sua homologação, o magistrado devolverá os autos ao MP novamente, mas dessa vez para que analise a necessidade de complementação das investigações ou para que ofereça a denúncia, se o caso (§ 8º).

No que tange à fiscalização do cumprimento do acordo de não persecução penal, deve o investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente, na vara de execução do acordo também, o cumprimento das condições impostas, independentemente de notificação ou de aviso prévio. Deve, ainda, o beneficiado, quando for o caso e por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada justificativa sua para eventual descumprimento de qualquer condição do acordo.

Caso o investigado venha a descumprir injustificadamente qualquer condição imposta no acordo, o membro do MP deverá comunicar ao juízo, para, conforme o caso, rescindir o negócio e oferecer a denúncia imediatamente (§ 10). Além disso, o descumprimento do acordo também poderá ser utilizado pelo membro do *Parquet* como justificativa para eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (§ 11).

Não bastasse isso, em casos de descumprimento da barganha não há que se falar sequer em detração do período já cumprido (SOUZA & DOWER, 2018, p. 160):

[...] não possuindo as condições fixadas na avença natureza de sanções penais, posto que são pactuadas e não impostas pelo Estado, uma vez descumprido o pacto, não há que se falar em posterior aplicação de detração, no que toca ao tempo de efetivo cumprimento parcial do acordo de não persecução penal. A perda do referido tempo é, pois, consequência natural do descumprimento, ônus da desídia e deslealdade do investigado.

Lado outro, se cumprido o integralmente o acordo de não persecução penal, o magistrado decretará a extinção da punibilidade do investigado (§ 13). Nesse respeito, Lima (2018, p. 206) leciona que o fundamento para esse arquivamento é “[...] a ideia de que, uma vez cumpridas as condições, esvazia-se o interesse processual no manejo da ação penal, tendo em conta que já estaria suficientemente satisfeita a pretensão punitiva estatal em virtude do cumprimento das obrigações a que se sujeito o investigado.”

Ademais, é válido mencionar que a celebração do acordo não constará de certidão de antecedentes criminais, exceto para o fim de novamente beneficiar o agente dentro dos próximos 5 (cinco) anos (§ 12).

Em que pese tudo isso, conforme disposto pelo § 2º do citado artigo, o acordo não pode acontecer quando verificadas algumas situações, quais sejam: I) se for cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais criminais, nos termos da Lei; II) se o investigado for reincidente na prática criminosa ou se os elementos probatórios indicarem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se forem insignificantes; III) ter sido o investigado beneficiado por acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, dentro dos últimos 5 (cinco) anos; e IV) se o crime perpetrado tiver sido no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões de sexo feminino, em favor do agressor.

Portanto, conforme se vê, o acordo de não persecução penal se mostra como o instituto mais parecido ao *plea bargaining* utilizado no direito dos Estados Unidos, visto que se trata realmente de uma negociação da pena, que tem como pressuposto indispensável a confissão do delito, e abarca aqueles cuja pena mínima cominada possui um período consideravelmente alto. Em título de exemplo, a barganha pode ser celebrada quando se tratar de delito de furto (art. 155, CP), de moeda falsa (art. 289, CP), contrabando e descaminho (arts. 334 e 334-A, CP), apropriação indébita (art. 168, CP), lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613), entre outros conhecidos como de colarinho branco²⁷, como corrupção ativa e passiva (arts. 317 e 333, CP).

3.7. JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL: O OLHAR DE OPERADORES DO DIREITO

Com a finalidade de complementar e solidificar todo o raciocínio e fundamentação teórica desenvolvida ao longo desta pesquisa, foram colhidos pareceres de dois profissionais da área do Direito, sendo um Promotor de Justiça e um Juiz de Direito. No geral, todas as indagações versaram respeito à atual prática da justiça consensual no Brasil. Em função do isolamento social, decorrente da pandemia da COVID-19, ambas as

²⁷ Crimes de colarinho branco (ou também conhecidos como corporativos, mais corretamente) referem-se àqueles que não apresentam violência, que têm como motivação praticamente apenas o alto ganho financeiro, e são praticados por profissionais de negócios e do governo.

entrevistas foram feitas por sistemas de videoconferência, disponíveis nas plataformas digitais “Zoom” e “Microsoft Teams”.

3.7.1. Parecer de Membro do Ministério Público

Na ocasião, fora realizada algumas indagações ao Dr. Luis Fernando Rocha, 3º Promotor de Justiça da Comarca de Assis/SP, atuante na profissão há 23 (vinte e três) anos.

Indagado sobre o avanço e a eficácia da justiça consensual no Direito brasileiro, respondeu que as iniciativas sobre a aplicação da justiça consensual na área criminal aconteceu em meados de 1993, vindo à tona com o advento da Lei nº 9.099/95, que trouxe dois institutos para a área criminal: a transação penal (que acontece na fase pré-processual) e a suspensão condicional do processo ou *sursis* processual (que acontece já na fase processual), ambos inspirados no *plea bargaining*, do direito norte americano. Disse também que entre 1995 a 2005 existiram vários percalços com a aplicação de ambos os institutos, pois a sociedade brasileira ainda não estava acostumada e preparada para esses novos mecanismos de justiça e que esse fato gerou uma certa banalização de ambos, mas principalmente na transação penal, que, inclusive, a Lei Maria da Penha proibiu sua aplicação quando da ocorrência de delitos de violência contra a mulher. Aduziu que a aceitação desse modelo de justiça veio a se iniciar somente em 2017, com a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, que implantou o Acordo de Não Persecução Penal, o qual se aproxima ainda mais no *plea bargaining* norte americano e serve de solução consensual criminal pré-processual, assim como a transação penal. Completou dizendo que o ANPP ainda é muito recente e que acabou de sair de uma discussão quanto à sua constitucionalidade e que, portanto, não se foi possível mensurar a eficácia desse novo acordo. Já quanto à transação penal aduziu que ainda existem muitas dúvidas, devido à antecedente banalização e no que tange à suspensão condicional do processo, mencionou que se teve grande eficácia na sua aplicação.

Questionado se a aplicação de algum desses institutos de justiça consensual pré-processual viola o princípio da obrigatoriedade, obtemperou que no ponto de vista dele isso não acontece, porque o MP é o titular da ação e que, justamente por essa qualidade, cabe a ele analisar sobre os elementos da propositura ou não da ação penal. Ressalvou, ainda,

que o princípio da obrigatoriedade, diferentemente do que acontece no direito italiano, não está disposto na Constituição Federal, mas, sim, que está no Código de Processo Penal, fato este que possibilita sua flexibilização sob o argumento de que se pode chegar a uma solução consensual antes mesmo de se formar um processo.

Inquirido sobre a formalização do ANPP e eventual violação do princípio do contraditório, tendo em vista que sua homologação imprescinde da confissão voluntária do investigado, respondeu que não há que se falar em violação, tendo em vista que a confissão é voluntária, bem como todas as demais fases de formalização do ANPP, e que é acompanhada por seu defensor, constituído ou nomeado, o qual lhe garante a ampla defesa e o contraditório. Reforçou, ainda, que o fato de ser requisito para a formalização do acordo a confissão voluntária do acusado, não significa afronta ao contraditório, justamente pela voluntariedade.

Quando lhe foi perguntado se a formalização desses institutos da justiça consensual nos crimes de colarinho branco seria capaz de criar, aos olhos da sociedade, uma sensação de impunidade, brilhantemente respondeu que, em primeiro lugar, se deve recordar da cultura da sociedade brasileira, que ainda considera que “se aquele que praticou um crime não for preso, então ele ficou impune”. Disse que a sociedade ainda não compreende que existem outras formas de punição, alternativas para a pena, que não a prisão, ou seja, o fato de o indivíduo ter praticado um crime de colarinho branco, por exemplo, não necessariamente lhe deverá ensejar em prisão, diferentemente de um roubo ou de um homicídio. Em continuação, disse que em segundo lugar há de se recordar dos objetivos da lei penal, que é a repressão e a prevenção do crime, a qual somente será alcançada se houver estrutura para bem fiscalizar as condições impostas pela justiça consensual, visto que assim não existirá sensação de impunidade. Finalizou a resposta aduzindo que com isso tudo feito, seria possível alcançar, através da justiça consensual: 1) a celeridade na aplicação das condições, as quais muitas das vezes são mais rigorosas do que a própria sanção; e 2) a certeza de que essas condições serão cumpridas em um prazo já determinado.

3.7.2. Parecer de Magistrado da Justiça Estadual

Prosseguindo com o trabalho, obteve-se, ainda, a opinião do Dr. Arnaldo Luiz Zasso Valderrama, Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal e da Infância da Comarca de Assis/SP, atuante na profissão há mais de 11 (onze) anos.

Questionado sobre a evolução e eficácia da justiça consensual no direito brasileiro respondeu que esse modelo de justiça teve seu início com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo e, além disso, que existiu também um outro que ficou muito mais conhecido, o da colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013), no qual se prevê a possibilidade de não oferecimento da denúncia em face do réu colaborador. Ademais, citou a que o Acordo de Não Persecução Penal, trazido ao judiciário brasileiro através da Resolução nº 181/2017 do CNMP e atualmente previsto pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, também é outro instituto da justiça consensual. Já quanto à eficácia desse modelo de justiça no direito brasileiro aduziu, em primeiro, que ele consiste em não deixar impune o infrator de delitos considerados mais leves e, ao mesmo tempo, evitar que haja todo o desgaste de um processo criminal, fazendo, ainda, com que o acusado não sofra todos os ônus de uma condenação. Complementou, ademais, que quanto à redução de criminalidade crê ser difícil ter uma estatística exata, mas acredita que esse modelo é uma oportunidade de reprimir o crime sem o peso de uma condenação.

Indagado se existe violação ao princípio da obrigatoriedade quando da aplicação de algum instituto da justiça criminal consensual, obtemperou que não há ilegalidade porque o não oferecimento da denúncia está amparado tanto na lei quanto em uma motivação fixada pelo Ministério Público e confirmada pelo judiciário, que é o atingimento da finalidade do processo penal. Ressaltou, ainda, que o que acontece não é uma ilegalidade e nem uma violação, mas uma mitigação do princípio em prol do atendimento da finalidade processual.

É sabido que o acusado, para preencher os pressupostos do acordo de não persecução penal, deve confessar o delito praticado. Nesse cenário, lhe foi perguntado se haveria violação ao princípio do contraditório quando do descumprimento das condições impostas por esse acordo, tendo em vista que aquele passaria a enfrentar um processo penal. Como resposta, o Douto Magistrado consignou, em primeiro lugar, que desde que ele iniciou as homologações desse acordo não vislumbrou caso algum de descumprimento. Aduziu, em segundo, que essas confissões possuem a mesma força de uma confissão feita

em fase de investigações policial, visto ser antes da formação de um processo. Mencionou, ainda, que a confissão, embora seja uma prova muito forte, sozinha não tem valor suficiente para ensejar uma condenação, de modo que a esta aconteceria por força de outras provas também e que, portanto, não haveria que se falar em violação ao contraditório e nem à ampla defesa.

Inquirido se a homologação do acordo de não persecução penal poderia criar, ao olhos da sociedade, a sensação de impunidade de um crime praticado, aduziu que ser muito importante entender que não é porque o infrator pode cumprir penas alternativas diversas da privação de liberdade, que significa que ele ficou impune. Complementou, que é daí que decorre a importância de o MP ser muito criterioso ao oferecer a proposta de não persecução penal e de o juiz bem analisar toda a questão para verificar se é ou não o caso de homologação desse acordo, ou seja, se ele vai ou não servir para a reprovação e a prevenção do delito.

Indagado se existe algum ponto que deve ser melhorado ou se existe algo que deve ser implementado no Acordo de Não Persecução Penal, obtemperou que talvez seja um pouco cedo para responder a essa questão, pois as jurisprudências quanto ao tema estão começando a se formar. Disse que, portanto, ainda não refletiu sobre pontos a melhorar, mas pensa que a legislação é boa e que somente ela deve ser adotada criteriosamente para que não seja imposta uma condição muito mais branda do que a pessoa teria, pois a pena também tem que ter um caráter pedagógico ao acusado de modo que, caso se imponha uma medida que não surta esse efeito, ela não vai atender ao objetivo da lei.

Por final, lhe foi feita uma indagação de cunho pessoal: “na opinião de Vossa Excelência, esse novo modelo de justiça criminal consensual pode ser a solução para que se alcance um judiciário mais célere e eficaz?”. Para essa, o Douto Magistrado respondeu que não tem dúvidas que esse modelo pode, sim, colaborar para desafogar as varas criminais. Explicou que nas varas em que isso acontece, o motivo causador é o excesso de processos e o de audiências e, portanto, com a possibilidade de se formalizar esses tipos de acordo em delitos mais leves, os quais evitariam toda a demora para a resolução do conflito, poderia ser concentrado maiores esforços em casos de delitos mais graves. Concluiu, ainda, que a legislação da justiça consensual pode, sim, atender a uma boa parte dos crimes que acontecem, desde que, conforme já foi dito, o caso seja criteriosamente analisado.

CONCLUSÃO

Este trabalho cuidou de investigar, através de estudos, pesquisas e entrevistas desenvolvidas, a aplicação e a mitigação do princípio da obrigatoriedade em confronto com o Acordo de Não Persecução Penal e outros principais institutos da justiça criminal consensual brasileira, também chamados, por alguns doutrinadores, como institutos despenalizadores.

Em título de hipótese, quando se empreendeu às pesquisas tratadas neste trabalho, partiu-se da ideia de que a justiça criminal se encontra em uma verdadeira situação de crise, justamente por ter uma enorme quantidade de ações penais que não conseguem ser resolvidos dentro de um tempo hábil pelas varas criminais do país, bem como por se vivenciar, além disso, um grande aumento na criminalidade – em todos os seus aspectos – e na violência consubstanciada país.

A fim de atender aos objetivos propostos, a pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo apresentou-se os sistemas processuais penais, bem como apôs-se algumas importantes considerações a seus respeitos. No segundo, a presente pesquisa tratou da atuação do Ministério Público no processo penal, elencou as condições e alguns importantes princípios da ação penal, enfatizando o da obrigatoriedade e o da oportunidade, e finalizou com uma explanação das características da justiça restaurativa e da justiça negociada. Finalmente, no terceiro capítulo, apresentou os principais institutos da justiça criminal consensual no Brasil e, objetivando solidificar a pesquisa, pontuou algumas indagações feitas a operadores do direito quanto a esse novo modelo de justiça criminal.

Antes de adentrar, de fato, nas conclusões do presente trabalho, insta salientar que o este é voltado a uma explanação quanto ao assunto justiça consensual, de modo que o objetivo é mostrar seus institutos, princípios, forma de aplicação, motivos e, claro, algumas críticas. Também se volta a defender a adoção desse novo modelo de justiça, pois acredita-se que ele é uma possível solução para a falha existente no modelo de jurisdicionalização da pena, até então fortemente adotado pela justiça penal brasileira. Para isso reconhece-se, é claro, a existência dessa falha da justiça brasileira, visto que a criminalidade e a violência no país evidentemente só aumentaram.

Após os estudos e pesquisas empreendidas concluiu-se que se deve ter em mente que o Estado ainda considera, e muito, indispensável a instauração de um processo

criminal, com todas as suas garantias, para buscar a ressocialização de um indivíduo que pratica um delito. Contudo, em uma boa parte dos casos ocorre de a pessoa aguardar anos e anos a resposta do judiciário, ser punida com uma pena restritiva de liberdade e, ao final, não ser ressocializada e, como se isso não bastasse, ela ainda volta a cometer crimes.

A partir daí, e trazendo novamente o conceito de que o processo penal é o instrumento que tem por finalidade o atendimento ao interesse público, ou seja, restaurar a harmonia social abalada pela prática delitiva, é possível notar que ele não está sendo efetivo. Isso porque, conforme explanado no presente trabalho, verifica-se que o sistema de persecução penal rígido, que leva grande parte dos comportamentos criminosos a juízo, pela via processual, tem se mostrado incapaz de cumprir o papel do processo penal, tendo em vista a ausência de recursos financeiros e humanos suficientes para sanar, de modo efetivo, todos os fatos levados à apreciação do judiciário.

Assim, a atual situação da justiça criminal brasileira consiste na existência de uma sensação de impunidade, devido ao enorme atraso do poder judiciário, que, por sua vez, é decorrente da quantidade imensa de processos em trâmite e da ausência de recursos suficientes para resolvê-los.

Portanto, diante dessa falha, acredita-se que a busca por novos caminhos para o sistema criminal do país é a solução. Isso porque os métodos tradicionais utilizados, como a jurisdicionalização da pena, se mostram obsoletos, principalmente no ponto que tange à proposta de evitar o cometimento de novos crimes e reinserir um indivíduo dentro do contexto social.

A adoção de métodos consensuais para resolver a demanda penal, conforme explanado no decorrer deste trabalho, é uma prática que tem como um dos maiores pilares a reinserção do indivíduo dentro da sociedade, conscientizando-o e não o privando de sua liberdade e colocando-o em ambientes terríveis para contribuir, em grande parte dos casos, somente com a sua piora.

Não bastasse isso, é de se comentar, ainda, que existe a superlotação nos presídios brasileiros, que ocasiona na grande dificuldade de gerenciamento e acarreta na formação de milícias pelos próprios presos. Considerando isso e diante das condições deploráveis e indignas desses presídios, ao invés de reinserir pessoas na sociedade, acaba-se criando uma instituição para a formação de delinquentes piores ou de novos delinquentes.

Além disso, o efeito que uma pena restritiva de liberdade gera em uma pessoa, após a sua saída do cárcere, contribui ainda mais para a sua formação de criminoso. Isso acontece não somente porque o condenado entrou em uma gangue ou porque ele se tornou um criminoso com maior conhecimento de práticas delituosas, mas também porque a busca por emprego fica ainda mais dificultada e, assim, o ex-encarcerado acaba optando por novas práticas delitivas, como o roubo e o furto, por exemplo.

Para que se consiga evitar tudo isso e concretizar a aplicação desses novos métodos de justiça consensual, acredita-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública deva ser flexibilizado e até mesmo mitigado nos casos em que se possa optar, com base na adequação funcional do direito penal, pelo princípio da oportunidade. Insta salientar que essa opção vem se mostrando, e já tem um bom tempo, tendência no que se refere ao direito penal em sistemas jurídicos de boa parte de países afora, como os Estados Unidos e a Itália – que possuem índices menores de violência e criminalidade. Também não se poderia deixar de mencionar que os três entrevistados deixaram seu parecer opinando que acreditam no potencial da Justiça Criminal Consensual, no sentido de que ela pode ser a solução da falha no processo penal.

Contudo, embora o presente trabalho seja favorável a flexibilização da aplicação do princípio da obrigatoriedade, reconhece-se que se deve ponderar os limites e a forma de aplicação da justiça consensual. Para isso, reputa primordial a comparação com os experimentos de outros países que já adotam esse novo modelo de justiça. O motivo disso é que possamos estar bem cientes de o que foi bem sucedido e o que não foi, ou seja, é saber aquilo que causou mudanças positivas nos contextos desses países. Tudo isso com o objetivo de alcançar a finalidade principal do processo penal, que, como já mencionado, é a restauração da harmonia social, mediante a reprovação do crime praticado e a prevenção para outros que possam surgir.

Posto isso, também se reputa necessário deixar muito claro que a realização do Acordo de Não Persecução Penal (o mais recente aparato consensual de solução de conflitos), bem como de quaisquer outros institutos da Justiça Criminal Consensual, jamais se traduz, e nem está próximo de se traduzir, na ideia de impunidade ou na ideia de que o as práticas delituosas compensam. Isso porque quando da formalização desses institutos, o infrator cumpre, sim, uma pena: prestação de serviços, prestação pecuniária, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de se ausentar da comarca, entre outras mais que forem ajustadas. Ademais, caso o infrator venha a descumprir essas condições,

a consequência será o enfrentamento de um processo judicial, com uma consequente imposição de pena restritiva de liberdade.

Além disso, a eficácia desses institutos é fortemente baseada no melhor meio de solução de conflitos, que é o diálogo, dotado da capacidade de conscientizar o infrator de que aquilo que ele fez está errado e que ele não deve voltar a fazer. Assim, em primeiro, evita-se que o infrator venha a cometer novos crimes e, em segundo, que a criminalidade aumente, o que, sem sombra de dúvidas reduz a surgimento de novos infratores.

Conforme aduzido nas presentes conclusões, a consequência de ainda se buscar a jurisdicionalização da pena, notadamente a da restritiva de liberdade, é o aumento da população carcerária e o aumento da violência, pois um, querendo ou não, decorre do outro. Assim, não se deve permitir que sempre se critique o sistema, alegando ausência de rigor legal e pleiteando que haja mais força punitiva do Estado, pois o correto seria reconhecer que o nosso sistema penal falhou e que temos que buscar novas alternativas para solucionar essa falha. Essas alternativas podem ser traduzidas em uma (maior) aplicação dos institutos desse novo modelo de justiça criminal, a consensual.

REFERÊNCIAS

- ALVES, J. C. (2018). *Justiça Consensual e Plea Bargaining*. Salvador: Editora JusPODIVM.
- ARAS, V. (2018). *Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado*. Salvador: Editora JusPODIVM.
- AVENA, N. (2009). *Processo Penal Esquemático*. São Paulo: Editora Método.
- AVENA, N. (2018). *Processo Penal 10ª Ed.* São Paulo: Editora Método.
- AVENA, N. (2018). *Processo Penal 10ª Ed.* São Paulo: Editora Método.
- AYRES, C. H. (2015). *O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção*. Salvador: Editora JusPODIVM.
- BADARÓ, G. H. (2012). *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier.
- BRANDALISE, R. d., & ANDRADE, M. F. (2018). *Investigação Criminal Pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Proto Alegre: Editora Livraria do Advogado.
- BRANDÃO, D. C. (01 de junho de 2010). *Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos*. Fonte: Âmbito Jurídico: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/justica-restaurativa-no-brasil-conceito-criticas-e-vantagens-de-um-modelo-alternativo-de-resolucao-de-conflitos/> - Acesso aos 25 de junho de 2020.
- CAPEZ, F. (2016). *Direito Processual Penal 23ª Ed.* São Paulo: Editora Saraiva.
- Congestionamento do Judiciário cai para 72% em 2017*. (22 de outubro de 2018). Fonte: CNJ 15 Anos: <https://www.cnj.jus.br/congestionamento-do-judiciario-cai-para-72-em-2017/> - Acesso aos 24 de junho de 2020.
- CUNHA, R. S. (2018). *Leis penais especiais: comentada artigo por artigo*. Salvador: Editora JusPODIVM.
- FELÍCIO, C. E. (2013). *Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública*. Clube dos Autores.
- FERNANDES, F. (2001). *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Editora Almedina.

- FREIRE JR., A. B. (2018). *Acordo de não persecução penal: permissões e vedações*. Salvador: Editora JusPODIVM.
- GARCIA VELASCO, M. Y. (1969). *Derecho Procesal Penal 4ª Ed*. Editora Bookseller Inventory.
- GOMES, L. F. (2007). *Criminologia 6ª Ed*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GOMES, L. F. (outubro de 2011). *Mais juízes, mais servidores e mais morosidade!* Fonte: JUS.com.br: <https://jus.com.br/artigos/20313/mais-juizes-mais-servidores-e-mais-morosidade> - Acesso aos 22 de abril de 2020.
- GOULART, M. P. (2010). *Princípios Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Editora Atlas.
- GRECO, R. (2015). *Curso de Direito Penal*. Editora Impetus.
- JARDIM, A. S. (2016). *Direito Processual Penal 14ª Ed*. Editora JusPODIVM.
- JESUS, D. (2010). *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva.
- JESUS, D. d. (2010). *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva.
- LEITE, R. V. (2009). *Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Tese de doutorado*. São Paulo: Banco de Teses da USP.
- LIMA, R. B. (2016). *Legislação Criminal Especial Comentada Vol. único 4ª Ed*. Salvador: Editora JusPODIVM.
- LIMA, R. B. (2016). *Manual de Processo Penal Vol. único 4ª Ed*. Editora JusPODIVM.
- LIMA, R. B. (2017). *Manual de Processo Penal*. Salvador: Editora JusPODIVM.
- LIMA, R. B. (2018). *Código de Processo Penal Comentado*. Editora JusPODIVM.
- LOPES JR., A. (2006). *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris.
- LOPES JR., A. (2007). *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- LOPES JR., A. (2012). *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional 9ª Ed*. São Paulo: Editora Saraiva.

- LOPES JR., A. (2016). *Direito Processual Penal 13ª Ed.* São Paulo: Editora Saraiva.
- LOPES JR., A. (2017). *Direito Processual Penal 14ª Ed.* Editora Saraiva.
- LOPES JR., A. (2018). *Direito Processual Penal 15ª Ed.* São Paulo: Editora Saraiva.
- MACHADO, A. A. (2009). *Teoria Geral do Processo Penal.* São Paulo: Editora Atlas.
- MANCUSO, R. d. (2010). *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória).* Porto Alegre: Revista dos Tribunais.
- MARQUES, J. F. (1997). *Elementos do Direito Processual Penal Vol. I.* Campinas: Editora Bookseller.
- MARTINS, R., & MOREIRA, C. (29 de agosto de 2014). *Revista de Doutrina TRF4.* Fonte: Processo Judicial e princípio da oportunidade: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Rafael_Moreira.html - Acesso aos 22 de abril de 2020 e aos 26 de junho de 2020.
- MUBARAK, D. D., & COSTA, B. K. (julho de 2011). *O Princípio da Oportunidade.* Fonte: JUS.com.br: <https://jus.com.br/artigos/19466/o-principio-da-oportunidade> - Acesso aos 22 de abril de 2020.
- NUCCI, G. d. (2005). *Código de Processo Penal Comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NUCCI, G. d. (2007). *Código de Processo Penal Comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PACHECO, D. F. (2006). *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis.* Niterói: Editora Impetus.
- PINTO, R. B. (2013). *A Colaboração premiada da Lei nº 12.850/13.* Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.
- PINTO, R. B. (2013). *A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013.*
- PINTO, R. S. (2007). *A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal.* Teresina: Jus Navigandi.
- Plea.* (s.d.). Fonte: The Free Dictionary: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Guilty+plea> - Acesso aos 21 de julho de 2020.

- RANGEL, P. (2007). *Direito Processual Penal 12ª Ed.* Editora Lúmen Iuris.
- RANGEL, P. (2015). *Direito Processual Penal.* São Paulo: Editora Atlas S.A.
- SICA, L. (2007). *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.* Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris.
- SOUZA, R., & DOWER, P. (2018). *Algumas respostas sobre o Acordo de não persecução penal.* Salvador: Editora JusPODIVM.
- SOUZA, S. O. (2014). *Justiça Restaurativa: o que é e como funciona.* Fonte: JusBrasil: <https://sergioliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/153407819/justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona> - Acesso aos 22 de abril de 2020.
- TORRÃO, F. J. (2000). *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo.* Coimbra: Almedina.
- TOURINHO FILHO, F. d. (2010). *Processo Penal 32ª Ed.* São Paulo: Editora Saraiva.
- VASCONCELLOS, V. G. (2017). *Colaboração Premiada no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais.