



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ACORDOS PENAIS E A NOVA DINÂMICA DO PROCESSO PENAL: DA COLABORAÇÃO PREMIADA AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À APROXIMAÇÃO DAS MATRIZES EUROPEIA E NORTEAMERICANA NO PANORAMA BRASILEIRO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Shirlei Amaro Avena Weisz

Rio de Janeiro
2020

SHIRLEI AMARO AVENA WEISZ

ACORDOS PENAIS E A NOVA DINÂMICA DO PROCESSO PENAL: DA COLABORAÇÃO PREMIADA AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À APROXIMAÇÃO DAS MATRIZES EUROPEIA E NORTEAMERICANA NO PANORAMA BRASILEIRO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Dr. José Maria Panoeiro

Coorientadora:

Prof^ª. Monica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2020

SHIRLEI AMARO AVENA WEISZ

ACORDOS PENAIS E A NOVA DINÂMICA DO PROCESSO PENAL: DA COLABORAÇÃO PREMIADA AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À APROXIMAÇÃO DAS MATRIZES EUROPEIA E NORTEAMERICANA NO PANORAMA BRASILEIRO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2020. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Convidada: Prof.^a Elisa Ramos Pittaro Neves - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Orientador: Prof. José Maria Panoeiro - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Força Criadora de todas as coisas, eu agradeço por mais esta conquista.

A minha família e todos aqueles que de alguma forma ajudaram a concluir mais uma etapa na minha vida.

Gratidão. Que a força esteja com todos!!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter concluído esse trabalho e por todas as conquistas até, aqui, realizadas, Deus é maravilhoso e tudo que sou, tenho ou possuo, a ele pertence!

Agradeço a minha mãe, Maria Salete, pessoa maravilhosa e sempre dedicada a mim e aos meus cinco irmãos, sem ela, nada disso seria possível! O apoio incondicional de minha mãe, sempre foi e será a base de todas as conquistas da minha vida.

Agradeço a minha madrinha Marília, incentivadora de todos meus projetos, e que sempre me apoia em minhas escolhas.

Aos meus irmãos Sheila, Carlos Henrique, Rafael, Marília e Miriam e a meus sobrinhos, por jamais permitirem que eu me sinta sozinha.

Agradeço a meus orientadores que permitiram a elaboração e realização desse trabalho.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por me mostrar uma realidade nova do ‘saber’, onde pude aprender e me tornar uma pessoa melhor e uma profissional mais capacitada.

Aos meus queridos amigos da EMERJ, por tornarem estes anos de jornada até aqui mais tranquilos, tornando nossa luta pelo aprimoramento o “saber” mais leve.

Se a certa altura eu tivesse me voltado para a esquerda, ao invés que para direita;
Se em certo momento eu tivesse dito não, ao invés de sim;
Se em certas conversas eu tivesse dito as frases que só hoje elaboro;
Seria outro hoje, e talvez o universo inteiro seria insensivelmente levado a ser outro também."

Fernando Pessoa.

SÍNTESE

A presente monografia traz como tema a justiça penal negocial européia e norte americana e sua aplicação no Brasil com suas consequências jurídicas constitucionais, em razão da renúncia pelo investigado/acusado ao exercício de alguma de suas garantias processuais e constitucionais em troca de um (suposto) benefício. O instituto do *plain bargain*, também conhecido como “justiça negocial”, aparece no presente momento histórico jurídico como uma tendência forte no direito processual penal brasileiro: as diversas propostas legislativas atualmente em discussão, ou as práticas de negociação já atuantes em decorrência da chamada operação “lava jato”, transformam a análise proposta nesse trabalho, em um tema bastante interessante e que se encontra no centro das negociações políticas e judiciais na atualidade brasileira. O ponto de partida da pesquisa foi análise criminológica, abordando a seletividade do Direito Penal e o caminho histórico para a adoção da justiça negocial no direito brasileiro. No decorrer do trabalho, foram analisadas questões pertinentes, a flexibilização de postulados fundamentais para incorporação do modelo de justiça negocial no Brasil. Para tanto foi abordado a assimilação da justiça penal consensual em sistemas de tradição romano-germânica (como é o caso do Brasil) pesquisadas no segundo capítulo, sendo abordadas as práticas de justiça negocial, e o fato delas não imputarem o devido peso à distinção entre inocentes e culpados.

PALAVRAS- CHAVE: Direito Processual Penal; Acordos de Não Persecução Penal; *Plea Bargain*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A SELETIVIDADE NO DIREITO PENAL UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA	11
1.1. O crime como um subproduto da convivência em sociedade	11
1.2. Selecionando condutas proibidas: a seletividade diante perante o legislador e o sistema judicial	16
1.3. A expansão do Direito Penal e a flexibilização de postulados fundamentais	21
1.4. Entre os modelos americano e europeu continental de persecução	23
1.5. Acordos de não persecução penal no Brasil: Histórico	25
2. PLEABARGAIN: NO SISTEMA PENAL NORTE AMERICANO	30
2.1. Considerações gerais e consolidação	30
2.2. O procedimento	33
2.3. A crítica	35
2.4. A assimilação da justiça penal consensual em sistemas de tradição romanogermânica: transação penal (Lei nº 9.099/95) e <i>plea bargain</i>	39
3. A DELAÇÃO (OU COLABORAÇÃO) PREMIADA, A TRANSAÇÃO PENAL E O NOVO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO (LEI N. 13.964/2019): MANIFESTAÇÕES DO PLEA BARGAIN NO BRASIL E OS PROBLEMAS QUE LHE SÃO IMANENTES.....	44
3.1. A fragmentalização da justiça penal negocial por meio de distintos institutos na legislação brasileira: o <i>plea bargain</i> à moda brasileira	44
3.2. Transação penal e <i>plea bargain</i>: reflexões e críticas	47
3.3. O Acordo de Não Persecução (PL 882/2019) e <i>plea bargain</i>: A proposta, a crítica e o resultado	53
3.3.1 Decisões no âmbito da Justiça negocial no Brasil	64
3.3.2 Acordo de Não Persecução e fatos anteriores à lei: A problemática questão temporal	68
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

A presente monografia traz como tema a justiça penal negocial européia e norte americana e sua aplicação no Brasil com suas consequências jurídicas constitucionais, em razão da renúncia pelo investigado/acusado ao exercício de alguma de suas garantias processuais e constitucionais em troca de um (suposto) benefício.

O instituto do *plain bargain*, também conhecido como “justiça negocial”, aparece no presente momento histórico jurídico como uma tendência forte no direito processual penal brasileiro: as diversas propostas legislativas atualmente em discussão, ou as práticas de negociação já atuantes em decorrência da chamada operação “lava jato”, transformam a análise proposta nesse trabalho, em um tema bastante interessante e que se encontra no centro das negociações políticas e judiciais na atualidade brasileira

O ponto de partida da pesquisa foi análise criminológica, abordando a seletividade do Direito Penal e o caminho histórico para a adoção da justiça negocial no direito brasileiro.

No decorrer do trabalho, foram analisadas questões pertinentes, a flexibilização de postulados fundamentais para incorporação do modelo de justiça negocial no Brasil. Para tanto foi abordado a assimilação da justiça penal consensual em sistemas de tradição romano-germânica (como é o caso do Brasil) pesquisadas no segundo capítulo, sendo abordadas as práticas de justiça negocial, e o fato delas não imputarem o devido peso à distinção entre inocentes e culpados.

Além disso, foi pesquisada, por trazer elementos para o trabalho, a limitação dos direitos constitucionais do indivíduo.

Fez-se um quadro comparativo entre o *plea bargain* e a Lei nº 9.099/19, neste sentido, foi abordado aquilo que se entende pela fragmentação da justiça penal judicial por meio de distintos institutos na legislação brasileira.

No terceiro capítulo foram trazidas foi abordado o modelo de o justiça negocial trazido para realidade brasileira por meio do Projeto de Lei nº 882/19, trazendo inúmeras críticas em razão introduzir no sistema judicial brasileiro um modelo de justiça negocial importado da *common law* norte americana de realidade social e judicial bem distinta da brasileira , que tem como peculiaridade um sistema constitucional extremamente garantista.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita

seremviáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto aqui se pretende também traçar um quadro comparativo da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação nacional, legislação internacional, análise dos tribunais americanos e brasileiros, doutrina nacional e americana, e jurisprudência nacional e estrangeira)– para sustentar a tese aqui apresentada.

Como forma de facilitar a compreensão desse trabalho e seu acesso, inclusive para leigos, foi utilizada uma linguagem palatável, apresentando como objeto de estudo, o contexto brasileiro e as discussões já trazidas à baila no sistema norte americano e europeu sobre a *plea bargain*, suas consequências em um sistema processual como o adotado no Brasil, em que as garantias constitucionais são tão complexas e sensíveis.

1. A SELETIVIDADE NO DIREITO PENAL UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA

O homem é fruto da sociedade que o cerca e diante de tal constatação se depreende que é inerente a História do próprio homem a criminalidade.

1.1. O crime como um subproduto da convivência em sociedade

Parece uma premissa incontestável a natureza social do homem, contudo, viver em grupo demanda a estruturação de regras mínimas de convivência que se destinam a minimizar o conflito, pois esse é parte da natureza humana e da própria convivência.¹ Sob esse prisma o contrato social parece se apresentar como a forma pela qual se estabelecem linhas mínimas de convivência para os grupos sociais:

O contrato social foi uma forma encontrada pelas comunidades para tentar viver em paz, com regras de convivência muito bem definidas. Essas regras ditariam, frente a todos, o proibido, o permitido e o obrigatório, limitando o agir das pessoas em agrupamentos. A paz social é um dos fins do Direito.²

Não se ignora que em períodos mais remotos da história da humanidade a pena pudesse assumir um caráter quase que totalmente arbitrário e a própria seleção de comportamentos fosse marcada por tal caráter. É possível, por exemplo, encontrar na inquisição medieval alguns dos registros mais cruéis do manejo do Direito Penal como instrumento de opressão do diferente, à época o “herege”.³

Tal marca de intolerância com o “diferente” aparecia, também, no tratamento dispensado, inclusive no Brasil, aos estrangeiros que cometem delitos, expressão derivada de *estranho*⁴, o que já soa indicativa de um “status provocativo de atitudes de suspeição, desconfiança e temor frente ao desconhecido.”⁵ Uma mirada na legislação pátria apontaria para

¹SUECKER, Betina Heike Krause. *Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13.

² Ibidem.

³ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 238. No mesmo sentido afirmando que na sociedade primitiva o delinquente era o estranho: SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2009, p. 77.

⁴ “De nação diferente daquela a que se pertence [...] De país que não é o nosso. [...] forasteiro; gringo (pop); estranja (pop.). 5. Exótico.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 321.).

⁵ “Essa reação humana existiria desde o início dos tempos [...] quando o homem primitivo corria pelos campos em busca de sustento [...] e se deparava com um *estranho*, três possibilidades [...] lhe eram possíveis: fugir, atacar ou dialogar. [...] no plano sociológico estrangeiro significa todo aquele que é objeto de rejeição ou de estranhamento em um determinado círculo normativo-social mais ou menos homogêneo”. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil: aspectos Jurídicos e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9-10.).

algumas formas de discriminação aplicadas a tais pessoas e que não incidiriam sobre os nacionais. O avanço do marco civilizatório tanto no Direito quanto no Processo Penal tem eliminado algumas formas de discriminação e quando tal não ocorre, ao menos no Brasil, a jurisprudência tem cumprido um papel corretivo da jurisprudência.⁶

Pode-se dizer, ainda, que o manejo das sanções penais guarda muito com a evolução das sociedades, pois numa sociedade escravocrata não gerará surpresa o fato de que a escravidão seria considerada um tipo de pena.⁷ Tal como exposto, a existência do conflito parece ser algo inerente ao modo de organização de todo grupo social. Contudo, as diferentes abordagens do problema refletem, quer em relação ao criminoso nacional, quer em relação ao estrangeiro ou, ainda, estejamos no âmbito do tipo de pena escolhida ou da forma processual por meio da qual ela será aplicada, tudo isso se torna manifestação de uma decisão política.

É nessa quadra que aparecem na doutrina inferências quanto à influência do modelo econômico adotado por determinada sociedade na forma de organizar a resposta ao fenômeno criminoso, quer pela composição, quer pela punição:

Mirando a história dos programas criminalizantes, sem partir de preconceitos evolucionistas, é possível observar que, ao longo de milênios, vem surgindo uma linha demarcatória entre *modelos de reação aos conflitos*: um, o de solução entre as partes; o outro, o de decisão vertical ou punitivo. A linha divisória passa, portanto, pela *posição da vítima*, o que necessariamente, concede uma *função ao processado ou apenado* (...) No *modelo de partes* há duas pessoas que protagonizam o conflito (a que lesiona e a que sofre a lesão) para o qual se procura uma solução. No *punitivo*, a vítima fica de lado, ou seja, não é considerada pessoa lesionada, as sim um signo da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema penal (...) O pretexto de limitar a vingança da vítima ou de suprir sua debilidade serve para descartar sua condição de pessoa, para tirar-lhe a humanidade. A invocação à dor da vítima não é senão uma oportunidade para o exercício do poder.⁸

⁶ [...] Conforme preleciona Artur de Brito Gueiros Souza, o estrangeiro já tem sua situação agravada diante da distância de seu país e da sua família, além das barreiras lingüísticas e da dificuldade de compreensão das normas e regulamentos carcerários. Mantendo-se muitas vezes isolado em nosso sistema carcerário. Além dessas dificuldades, tem-se impingido ao estrangeiro um tratamento discriminatório, com supressão de direitos, agravando-se ainda mais sua reprimenda. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil: aspectos Jurídicos e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 300-302.)]

O Acredito que o princípio da igualdade deve ser observado com o fim de assegurar ao estrangeiro uma forma digna de cumprimento de pena e assegurando-se-lhe todas as garantias, pois, como visto, sua condição jurídica não o desqualifica como sujeito de direitos. Em verdade, o que se tem assistido é a perpetuação de jurisprudência anterior à Constituição de 1988, a qual não condiz com os objetivos, fundamentos ou princípios estabelecidos pela nova ordem constitucional. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 103373/SP*, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, j. 26/08/2008, p. DJe 22/09/2008).

⁷“Quando nos voltamos para os fatores condicionantes positivos, podemos ver que a simples constatação de que formas específicas de punição correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico é uma obviedade. É evidente que a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravista (...) Portanto, se numa economia escravista verifica-se uma situação de escassez de oferta de escravos com a respectiva pressão da demanda, será difícil ignorar a escravidão como método punitivo”. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20.).

⁸ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 383-384.

Para os partidários dessa visão, a escolha do modelo punitivo não seria mais do que uma oportunidade de exercício do poder por parte de uma classe dominante, a burguesia nas sociedades modernas, sobre a outra, materializando-se no plano penal a mesma falácia da igualdade e liberdade formais do Estado Liberal.⁹ Contudo, tal visão, ainda que carregada por um determinado viés ideológico, o que se manifesta na defesa de ausência de uma finalidade para a pena criminal, a chamada teoria agnóstica da pena¹⁰, parece merecer algum temperamento. Como adverte o professor espanhol Quintero Olivares, existe um viés ideológico subjacente a todo o debate penal, o que não pode ser ignorado pelo pesquisador:

[...] o problema criminal é que existem crimes e criminosos e não há como acabar com essa realidade e talvez não seja possível. [...] Mas como [...] isso pode ser combatido pela lei, ou que tarefa as leis e os juristas cumprem, ou que condições devem ser cumpridas para reprimir criminosos com justiça e eficiência, ou quem deve decidir quais são os comportamentos criminosos etc., ... Não é por acaso que a questão criminal foi e continua sendo objeto de atenção não apenas de juristas e criminologistas, mas de filósofos, e não apenas de direito, sociólogos, teólogos [...] É difícil conhecer a ideologia política ou religiosa de um jurista ou de qualquer político que dê sua opinião sobre questões jurídicas, mas se trata de problemas criminais, a ideologia surge.¹¹

É preciso, assim, compreender até onde é legítima a crítica ao Direito Penal, mas, também, em que lugar ela perde seu rumo e indica um caminho onde regressaremos alguns séculos na solução dos conflitos, o que claramente favorece aqueles mais fortes economicamente. Como refletia Bobbio, pensar numa sociedade onde não existam as funções repressivas do Estado, onde o monopólio da força será difuso e onde os homens poderão conviver sem a necessidade do aparato coativo, se não constitui uma utopia, como parece ser, ao menos constituirá o maior salto qualitativo jamais presenciado e qualquer dos modelos de sociedades precedentes.¹² Dúvidas não há que o sistema penal surgido com o alvorecer dos ideais iluministas era mais racional e justo quando confrontado com o sistema do Antigo Regime. Paradoxalmente, porém, ele era instrumentalizado para a defesa dos interesses da nova classe dominante, a burguesia, o que aparece expresso na concepção da propriedade privada que consta na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia

⁹ Ibidem.

¹⁰ ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97-98.

¹¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El Problema Penal*: La tensión entre teoría y praxis em derecho penal. Madrid: Iustel, 2012, p. 15-16.

¹² BOBBIO, Norberto; VIOLI, Carlo (org.). *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 261.

indenização)¹³.

Essa visão conduzia a uma submissão permanente dos mais pobres aos ricos, uma vez que a desigualdade deriva da riqueza material, que seria natural, como defendia o pai do liberalismo econômico, Adam Smith.¹⁴ Neste sentido, caberia ao poder político garantir o livre gozo da propriedade, protegendo os ricos dos pobres¹⁵, o que teria como reflexo eleger o roubo o ponto central do denominado Direito Penal Clássico, tornando os pobres os clientes preferenciais do sistema penal.¹⁶

Se por um lado era incontestável que o sistema penal era manejado em favor dos mais ricos com a intransigente defesa da propriedade, por outro, pensar num mundo sem que o Estado apareça como garantidor da liberdade parece ser uma utopia. Num paralelo com as lições de Dahrendorf, um mundo sem valores é aquele onde o Estado perdeu sua capacidade de promover a justiça social, nele a liberdade sucumbe:

O maior obstáculo para efetivar a política da liberdade seria, em sua argumentação, *a erosão da lei e da ordem*, que tem como principal sintoma a incapacidade do Estado em cuidar das pessoas e dos bens – e em punir de maneira sistemática e eficaz as infrações às normas. As principais consequências desse cenário seriam a escalada do crime e a generalização do sentimento de insegurança. [...]¹⁷

A existência do Estado como instrumento de contenção dos comportamentos desviantes (crime, v.g.), aqueles que são marcados pelo surgimento do conflito ainda parece uma necessidade inafastável. O modo como se responderá a tanto, quais condutas devem ser consideradas crimes, tudo isto é, porém, alvo de intenso debate político-criminal e criminológico. Ao que parece, têm razão os críticos do sistema penal quando advogam que ele preferiu os mais pobres, em especial com a consolidação do sistema econômico capitalista no ocidente, pois o roubo e o furto se expressaram como os delitos principais de um Direito Penal

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel G et. al. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 38.

¹⁴ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. São Paulo: Madras, 2009, p. 548-549.

¹⁵“Mas – somos autorizados a perguntar – o preço a pagar por essa liberação geral de egoísmos não é a institucionalização da desigualdade entre os homens, com submissão permanente dos fracos e pobres aos ricos e poderosos? Smith não o nega, mas observa que a subordinação de uns a outros corresponde, por assim dizer, à própria natureza da vida social. Em todos os tempos e todos os lugares, a desigualdade existiu [...] Ora, essas quatro causas da desigualdade (condições físicas ou morais, idade, superioridade de nascimento e de fortuna) reduzem-se, de fato, a duas apenas: a riqueza e a nobreza (superioridade de nascimento). E bem examinadas as coisas, não se pode deixar de reconhecer ... que a própria nobreza se origina da riqueza material. Tudo se reduz, portanto, à propriedade de bens.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 284.).

¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del Derecho Penal de La Clase Baja al Derecho Penal de la Clase Alta: ¿Um Cambio de Paradigma como Exigencia Moral?* In: *Obras, Tomo II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 19.

¹⁷DIAS JÚNIOR, Antônio Carlos. *O Liberalismo de Ralf Dahrendorf: classes, conflito social e liberdade*. Florianópolis: UFSC, 2012, p. 25.

correspondente à ascensão da burguesia entre os séculos XVIII e XIX.¹⁸ Contudo, parecem perder a razão quando não percebem toda a transformação econômica e social, inclusive no plano jurídico, que se verificou desde o final do século XIX quando o Estado passou a intervir na ordem socioeconômica culminando com o advento do Estado Social e Democrático de Direito.

Parecem ignorar, ainda, que em todas as culturas existe o pensamento da retribuição, que seria impossível de ser erradicado da consciência jurídica geral.¹⁹ Por isso, alguns comportamentos, como o abuso de preços em contexto de calamidades públicas, verdadeiras expressões de uma ética egoísta, seriam merecedores de sanção, atendendo aos três efeitos ou finalidades descritas por Roxin (motivadora ou didática, de reforço na confiança dos cidadãos e satisfação pela resolução do conflito).²⁰

Por isso, investigar a abordagem adequada diante de uma série de abordagens possíveis é algo que incumbe ao penalista. É direcionar seu estudo contemplando Criminologia e Política Criminal:

[...] A Política Criminal lida com a questão de como direcionar o direito penal, a fim de cumprir melhor sua missão de proteger a sociedade. A Política Criminal se conecta às causas do crime, discute como elas devem ser. Redigiu corretamente as características de dois tipos criminosos para corresponder à realidade do crime [...]²¹

Como se advertiu quanto à existência de uma ideologia subjacente à toda interpretação penal, não se deve tomar tal fato como prejudicial, pois é do confronto de idéias, do debate democrático que se estruturará o modelo de Direito e Processo Penal mais adequado à nossa sociedade.

É o que esclarece o professor Quintero Olivares:

E isso por si só não é ruim nem repreensível; Pelo contrário, mostra que a posição ou o critério sobre o significado do problema criminal e as formas de abordá-lo dependem fortemente da ideologia ... Existem muitas questões essenciais do direito penal e do problema criminal (o que é injusto, o que é necessário declarar uma pessoa culpada, quanta punição é proporcional etc.) em que a resposta dependerá das idéias sociais e políticas e do entendimento que se tem do que o Estado social e democrático de direito.²²

¹⁸ SCHÜNEMANN, op. cit.

¹⁹Idem. Sobre la Crítica a La Teoría de La Prevención General Positiva. In: SILVA SANCHÉZ, J. M. (Ed). *Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997, p. 97-98.

²⁰Ibidem, p. 90.

²¹JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 24.

²²QUINTERO OLIVARES, op. cit., p. 17.

A organização da sociedade é que irá extrair um significado de um dado comportamento dentro de um grupo social e o enquadrará como correto ou incorreto, lícito ou ilícito. E é isso que será analisado no próximo capítulo.

1.2. Selecionando condutas proibidas: a seletividade diante o legislador e o sistema judicial

O tipo de comportamento que deve ser incriminado pelo grupo social, a pena que lhe será cominada e o modo como se fará isso dizem com a própria organização da sociedade. Por tais razões, o processo de qualificação de um determinado fato em crime não deixa de ser um processo de significação. Em outras palavras, um processo de extrair o significado de um dado comportamento dentro do grupo social e responder a ele segundo tal significado. É por essa razão que alguns autores afirmam que existe uma enorme gama de comportamentos humanos que estão disponíveis à criminalização, ou seja, que são passíveis de um juízo afeto à Política Criminal:

O crime está em permanente oferta. Atos passíveis de criminalização são como recurso natural ilimitado. Pouco pode ser considerado crime – ou muito. Atos não são, eles se tornam; seus significados são criados no momento em que ocorrem. Avaliar e classificar são atividades essenciais aos seres humanos. O mundo nos vem na forma em que o constituímos. O crime, portanto, é o produto de processos culturais, sociais e mentais. Para todas as condutas, inclusive aquelas tidas como indesejáveis, há dúzias de alternativas possíveis para sua compreensão: perversidade, loucura, honra distorcida, ímpeto juvenil, heroísmo político – ou crime.²³

Seguir nessa perspectiva remete ao fato de que o crime e o homem são elementos da história. Aquilo que um dia já foi incriminado pode deixar de sê-lo em outro momento (a punição do adultério no Brasil, *v.g.*). Há milênios que se busca conter o homem dentro de certos padrões de convivência surgindo daí certos códigos de conduta. Como mencionado anteriormente, dentre tantos um dos mais célebres talvez tenha sido o Código de “Hamurabi”, escrito em 18 a.C, pelo Rei Khammu-rabi (Hamurabi em alguns registros) da primeira dinastia babilônica. O conjunto de regras de conduta ali estampadas era baseado na Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”). As duzentas e oitenta e uma leis talhadas numa pedra de diorito de cor escura dispunham sobre regras e punições para eventos da vida cotidiana. Para cada ato desviante havia uma punição que se considerava proporcional ao crime cometido.²⁴

As punições ocorriam de acordo com a posição que a pessoa criminoso ocupava na

²³CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 29.

²⁴HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*. Porto Alegre: Livros Técnicos e Científicos. 2000, p. 54.

hierarquia social, o que não se distanciava muito do Direito Penal burguês surgido no alvorecer da Revolução Francesa, que não escondia sua preferência pela delinquência das classes mais baixas no âmbito do Estado Liberal. Essa administração diferencial do poder punitivo foi impulsionou as pesquisas de Edwin Sutherland e culminaram com seu histórico discurso perante a Sociedade Americana de Sociologia, em 27 de dezembro de 1939, no qual apresentou a figura da «*White-Collar Criminality*». Sutherland provoca uma ruptura na Criminologia similar em efeitos ao provocado pelo “*L’Uomo delinquente*” lombrosiano.²⁵ Não que aquelas condutas por ele mencionadas não fossem crimes, contudo, havia uma postura leniente do sistema de justiça criminal para alcançar determinados agentes detentores de poder econômico (os Barões ladrões, segundo o próprio autor).²⁶

As causas para ocorrência de delitos são variadas, não obstante apareça como lugar comum que as classes mais baixas parecem ser lançadas em determinados comportamentos criminosos ante a falta de oportunidades de uma vida digna. Por isso, não surpreende o fato dos dados fornecidos pelo Infopen (Ministério da Justiça) informar que grande parte da população carcerária brasileira se constitui de homens, jovens, pobres e negros. Não se pode olvidar ainda, que os mesmos dados, coletados entre os anos de 2000 e 2014, apontou um significativo aumento da população carcerária feminina, aumento este na ordem de 564%.²⁷

Ainda sobre tais dados, é importante asseverar que estes colocam em primeiro lugar os crimes contra o patrimônio, que representam 49,1% do total de condenados presos; após os crimes relacionados à lei de drogas, que representam 25,3%; os crimes contra a pessoa, com 11,9%; os delitos sexuais com 3,9%; e crimes relacionados ao estatuto do desarmamento, os quais representam 5,6%.²⁸ Não obstante, pesquisas empíricas apontam que a busca pelo ganho fácil possa ser tão determinante para tal envolvimento com o crime do que uma condição social mais baixa.²⁹

É preciso não se deixar trair pela tentação da investigação direta daqueles que são alcançados pelo sistema de justiça criminal, os mais pobres. Ao fazê-lo há a possibilidade de se incorrer num equívoco de amostragem ao afirmar que os pobres são criminosos ou que o sistema

²⁵BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S/A, 2010, p. 26.

²⁶SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality*. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, feb., 1940.

²⁷AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CIFALI, Ana Cláudia. Seguridad pública, política criminal y penalidade en Brasil durante los gobiernos Lula y Dilma (2003-2014): Cambios y continuidades. In: SOZZO, Maximo (org.). *Postneoliberalismo y penalidade en América del Sur*. Argentina: Clacso, 2016, p. 29-94.

²⁸ Ibidem.

²⁹SCHAEFER Gilberto José; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. *Revista Análise Econômica*, v. 19, n. 36, p. 3-25. DOI: <https://doi.org/10.22456/2176-5456.10682>. Disponível em: <https://seer.ufgrs.br/AnaliseEconomica/article/view/10682/6310>. Acesso em: 20 dez. 2019.

é feito para alcançar exclusivamente os pobres. A presença maior dos pobres no sistema penitenciário parece ser um dado a ser tomado diante da funcionalidade do próprio sistema, pois países como a Alemanha, que tem uma realidade menos desigual do que a brasileira, também apresentam estatísticas nesse sentido.

Investigações criminológicas levadas a cabo na Alemanha apontaram que a criminalidade violenta não era uma peculiaridade da classe mais baixa – o que ratifica a ideia de Sutherland de que todas as classes sociais cometem delitos de todas as espécies -, mas apenas algo que é mais visível, e talvez por isto mais punido, neste segmento social.³⁰ Isso parece explicar a “seletividade” em torno da criminalidade dos mais pobres e explicar a proximidade estatística entre Brasil e Alemanha, países com realidades socioeconômicas bastante distintas. Na Alemanha, 73% dos fatos puníveis registrados no ano de 2003 diziam respeito à criminalidade não violenta contra o patrimônio.³¹

Tomada essa premissa, não se trata do fato de que os mais abastados não cometam delitos, mas que o criminoso do colarinho branco logra empreender um tipo crime (fraudes financeiras e corrupção, v.g.) que não é visível ao sistema criminal.³² A constatação de que se trata de um crime no qual sobressai uma vitimização difusa³³ e onde as condutas são portadoras de aparente licitude das condutas³⁴, são fatores representativos da dificuldade de se alcançar este tipo de criminoso. Haveria, ainda, segundo a doutrina, uma falta de preparo do Judiciário para lidar com a criminalidade do colarinho branco ou criminalidade econômica:

O Judiciário, com uma formação apropriada para o combate à criminalidade clássica, não vem revelando uma sensibilidade adequada para a captação das sutilezas inerentes à criminalidade econômica. Mostra, ao contrário, um apego exagerado a uma certa interpretação liberal, não condizente com a nova realidade do Direito, emergente de um Estado de Justiça Social, concepção atual do Estado de Direito.³⁵

Tudo quanto foi exposto remete inexoravelmente à lição do professor espanhol Quintero Olivares:

³⁰Hefendehl chega a dizer que a melhor maneira de escapar da violência é “sair das quatro paredes e ir para rua” e apresenta como exemplo a violência contra a mulher: HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCCRIM*, v. 18, n. 87, p. 108, nov./dez. 2010.

³¹ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma fundamentação para o Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 468.

³²DE FREITAS; DELLAGERISI, op. cit.

³³KAISER, Günther. Criminalidad de cuello blanco. In: _____. *Introducción a la Criminología*. 7. ed. Madrid: Dykinson, 1988, p. 355-377.

³⁴FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 146.

³⁵CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 117.

Alguns dirão que o crime é resultado de desigualdade, ganância ou violência estrutural, ou pobreza, ou desejo de emulação, ou desvio do afeto ou da mente, e que é necessário analisar as razões de cada sujeito para decidir o que fazer com ele; Outros dirão que certamente deve haver causas de crime e que são verdadeiras, mas que esse não é um motivo para parar de punir, porque outra coisa levaria ao caos. E quando o debate sobre as punições como remédio entram em cena desde os que querem ajudar e entender o infrator como aqueles que entendem que a melhor coisa é aplicar a pena de morte de maneira profusa e rápida.³⁶

Ora, se a punição é, por um lado necessária, pois evita uma solução arbitrária ao nível dos envolvidos no conflito, não se pode negar que a própria dificuldade para alcançar os comportamentos das classes mais elevadas, o que demandaria a existência de instrumentos mais adequados à persecução. Porém, nem sempre o legislador parece alinhado ao propósito de ajustar o enfrentamento da delinquência de classe alta, pelo contrário, se encarrega, em muitos casos, de arrefecer a resposta penal para a criminalidade do colarinho branco. É o que ocorre com o regime jurídico de determinados delitos que são típicos das classes mais altas (sonegação fiscal, v.g.).

Tudo isso seria determinante para a maior presença dos pobres dentro da teia compreendida como sistema de justiça criminal. Toda essa discussão em torno da seletividade penal deve deixar de lado claro que o debate se refere a países ocidentais que se caracterizam pela democracia enquanto sistema político e pelo capitalismo como sistema econômico. É que, em muitos países do Oriente Médio, principalmente os de origem Islâmica, ainda existe a seletividade social da pena com base na Sharia, conjunto de leis islâmicas que são baseadas no Alcorão³⁷, o responsável por ditar as regras de comportamento dos muçulmanos.

É preciso, portanto, que as decisões criminalizantes, inclusa a forma como se dará a resposta penal, traduza um ato que é objeto de repulsa social, o que legitima tanto incriminação como punição.³⁸ Se é necessário compreender o fenômeno social, isto não pode se dar exclusivamente a partir da lei, pois ela é o produto final e acabado de uma série de reflexões para as quais a dogmática jurídico-penal teve de se valer de diversas ciências auxiliares. Entretanto, apenas no final do Séc. XIX, diz Figueiredo Dias, aumentou o interesse por uma ciência conjunta do Direito Penal, tomada agora na perspectiva da definição de estratégias de controle social do crime e do conhecimento empírico em torno do mesmo.³⁹ Parece não ser por

³⁶QUINTERO OLIVARES, op. cit., p. 17.

³⁷RODRIGUES, Manuel. *Mundo árabe e Islâmico*: Nação e Defesa. Lisboa: Instituto da Defesa Nacional. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14438/1/O%20mundo%20C3%A1rabe%20e%20isl%C3%A2mico.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

³⁸ É evidente nos dias de hoje que não pode ter lugar em nossa sociedade, sem que haja uma clara negação aos direitos humanos, a incriminação do homossexualismo.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18-20.

outra razão que Hassemer e Muñoz Conde afirmam que o conhecimento do intérprete não pode se limitar às normas penais, mas alcançar toda realidade circundante que reverbera na sua própria existência e seleção.⁴⁰

Embora não estejam superadas até hoje questões prévias ao conhecimento da própria Criminologia, como o seu objeto, seu conceito, sua influência para o Direito Penal⁴¹, é possível, desde logo, encampar a ideia de que o objeto da Criminologia é a infração penal (delito), o delinquente, a vítima e o controle social.⁴² Daí que, sendo este o objeto de tal ciência, se tornam secundárias as discussões acerca da capacidade desta disciplina de influenciar a Política Criminal, tomada aqui como a política que define os fins do Estado diante do problema do crime, cujas tarefas seriam: 1) determinar os fatos que devem ser definidos como crime; e 2) estabelecer as medidas por meio das quais o Estado se valerá para a defesa social.⁴³

Outrossim, não deve causar perplexidade que o desenvolvimento de novos delitos, que seriam compatíveis com os interesses da sociedade atual, leve a novos debates sobre, por exemplo, a compatibilidade de instrumentos de justiça penal consensual como o *plea bargain*⁴⁴ em nosso ordenamento. Parece tratar-se de uma busca por soluções alternativas para a questão penal ou, em outras palavras, um meio termo entre a aplicação da pena privativa de liberdade e

⁴⁰ “Objeto del Derecho penal es la criminalidad. Quien se ocupa del Derecho penal, tiene que ocuparse también de la criminalidad y tiene, por tanto, que conocer junto a las normas jurídico penales y su interpretación también la criminalidad y el delito. Quien no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia penal, difícilmente podrá manejar las reglas normativas del Derecho penal material, ya que estas reglas se refieren a la criminalidad y al delito. Este conocimiento de la criminalidad y del delito también es necesario a la hora de elaborar y aplicar las leyes. No se pierde decir que al legislador penal sólo le interesa el conocimiento de la criminalidad, y que al que aplica la ley penal sólo le interesa el conocimiento del delito. Tanto en una como en otra fase es preciso un conocimiento de las dos realidades”. (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: TirantloBlanch, 1989, p. 29.).

⁴¹ “Pero qué es exactamente la Criminología? Responder a esta cuestión es quizás una de las tareas más difíciles que tiene quien se ocupa de esta rama del saber; tanto más difícil cuanto el propio objeto de la misma, la criminalidad, no es tampoco un concepto perfectamente delimitado. Decir, en efecto, que la Criminología es aquella parte de la Ciencia que se ocupa del estudio empírico de la criminalidad es decir mucho o casi nada si no se dice antes qué es lo que se entiende por criminalidad. Y aquí es donde empiezan las dificultades de todo tipo. Por un lado, la criminalidad es el conjunto de las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito temporal y espacial. En este sentido, el concepto de criminalidad viene marcado por el Derecho penal que, al mismo tiempo, delimitaría el objeto de la Criminología. Pero, por otro lado, el objeto de la Criminología no puede limitarse en depender de las cambiantes normas legales, ni la Criminología misma puede convertirse en una simple ciencia auxiliar del Derecho penal. Si se quiere atribuir una importancia autónoma, debe extender su interés más allá de los estrictos límites de las normas jurídico penales.” (Ibidem, p. 16-17).

⁴² SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-75.

⁴³ Neste sentido: “A Política Criminal é, como o Direito Penal, ciência normativa, ciência prática, ciência de fins e de meios. Como política, define os fins do Estado diante do problema do crime e formula meios necessários para realizá-lo. Mas, para isso, ela deve, como observa Exner, desempenhar dupla tarefa: determinar quais fatos anti-sociais que devem ser definidos como crimes e estabelecer as medidas de que o Estado se deve valer, diante deles, para a defesa social [...]” (BRUNO, Anibal. *Direito Penal: Parte Geral: Tomo I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 47).

⁴⁴ *Plea bargain* é um instituto com origem nos países de sistema common law e se traduz em um acordo entre a acusação e o réu, através do qual o acusado se declara culpado de algumas, ou todas, acusações, em troca de uma atenuação no número de acusações, na gravidade das mesmas, ou, ainda, na redução da pena recomendada.

a descriminalização de comportamentos que poderia, quiçá, diante de um processo de adaptação do Direito Penal aos novos interesses da sociedade, revelar-se mais eficaz. Parece que as discussões sobre um instrumento que é típico do sistema norteamericano diz muito com o próprio processo de expansão do Direito Penal na direção de novos âmbitos (ambiental, do mercado de capitais, do sistema financeiro, das relações de consumo, etc.). Para um novo Direito Penal são necessários novos instrumentos de resolução do conflito penal.

Contudo, o processo de expansão do Direito Penal sofre uma intensa crítica por parte de um setor da doutrina, o que nos obriga a uma breve visita a tal setor.

1.3. A expansão do direito penal e a flexibilização de postulados fundamentais

Como descrito no tópico anterior, a seletividade do sistema penal já era reconhecida desde o surgimento do chamado Direito Penal clássico, furto e roubo eram os delitos centrais desse tempo. O Iluminismo⁴⁵ racionalizara o Direito Penal, contudo, sua experiência em torno do contrato social e apresentava três características primordiais: (i) só poderiam ser punidas lesões às liberdades asseguradas pelo contrato social; (ii) as limitações à liberdade aceitas pelo indivíduo no momento do contrato social não podem ser posteriormente revistas (é a ideia de legalidade); (iii) o Estado existe para materializar os direitos dos cidadãos, logo, são tais direitos que determinam o seu funcionamento e a limitação do seu poder.⁴⁶

Aquilo que no plano econômico encontrava seu alicerce em “As Riqueza das Nações”, onde lançadas as bases do liberalismo econômico⁴⁷, no plano penal teria seu correspondente na clássica obra de Beccaria (*Dos delitos e das penas*)⁴⁸ erigindo o edifício penal sobre um alicerce liberal, cuja função precípua era proteger a liberdade do indivíduo diante de possíveis e corriqueiras interferências arbitrárias, por parte de um Estado totalmente absolutista⁴⁹. Como todo o pensamento marcado por seu tempo, o pensamento de Beccaria, assim como o de Adam Smith, representavam uma reação à falta de liberdade e ao arbítrio do Antigo Regime. O processo de expansão penal e endurecimento da legislação penal pode remeter, em alguma

⁴⁵Iluminismo é um movimento cultural que se desenvolveu na Inglaterra, Holanda e França, nos séculos XVII e XVIII. Nessa época, o desenvolvimento intelectual, que vinha ocorrendo desde o Renascimento, deu origem a idéias de liberdade política e econômica, defendidas pela burguesia. (BARBOSA FILHO, Milton B. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Scipione. 1993, p. 193.).

⁴⁶HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003.

⁴⁷ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. São Paulo: Madras, 2009.

⁴⁸BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Pilares, 2013, p. 155-159.

⁴⁹Teoria política que defende que alguém (em geral, um monarca) deve ter o poder absoluto, isto é, independente de outro órgão.

medida, a Tácito, que no *Liber Tertius* afirmou que “*Corruptissima res publica plurimae leges*” (“Muitas são as leis quando o Estado é corrupto.”)⁵⁰. Nessa obra o autor identificara o excesso de leis como marca da ineficiência estatal, em um Estado corrupto.

A expansão do Direito Penal conduziria a uma flexibilização de garantias distanciando-se do que se entende por justiça. É o que se colhe na explicação de clássico de Hassemer:

Quando eu falo de “clássico”, eu quero dizer com isso que o objeto indicado situa-se na tradição da filosofia política do Iluminismo. “Clássico” no Direito Penal não se esgota, como de costume, em uma determinada época ou em um determinado número de objetos; “clássico” é também um ideal, uma representação de fim pela qual pode ser determinada para onde deve ir uma viagem, quais passos seguem na direção correta e quais seguem na direção errada [...]⁵¹

E prossegue:

*A partir de la década de los años setenta del último siglo, aproximadamente (y no precisamente a partir de los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001) se há producido un desarrollo muy profundo del Derecho penal em Europa Occidental. (...) Há conllevado agravaciones de la Política Criminal, las que, ninguna manera, han sido implementadas contra la voluntad de la población, sino que por el contrario han contado con esperanzas positivas y la aprobación de los ciudadanos y ciudadanas.*⁵²

Destarte, a crítica de Hassemer parece se dirigir ao processo de expansão iniciado nos anos 70 do século passado, coincidentemente o período de surgimento das legislações penais para enfrentamento da criminalidade econômica.⁵³ O apelo por uma criminalização de determinados comportamentos poderia conduzir a uma irracionalidade punitiva com reflexos na incorporação de instrumentos de persecução típicos do processo penal norte americano. O discurso crítico à expansão do Direito Penal parece fazer tábula rasa de interesses relacionados à falsificação de remédios (saúde pública), aos direitos do consumidor (relação de consumo), ao desenvolvimento sustentável (meio ambiente), cumprimento das funções distributivas do Estado (arrecadação tributária), entre outros, que não poderiam ser objeto de tutela penal. Essa posição é bem sintetizada por Carpio Briz:

⁵⁰TACITUS. *The Annals of Tacitus*. London: Mac Millan and Co., 1906.

⁵¹HASSEMER, op. cit., p. 147.

⁵²Idem. El Derecho penal em los tiempos de las modernas formas de criminalidade. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl Zaffaroni et. al. *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal em la actualidad: Simposio Argentino-Alemán*; Hans-Jörg Albrecht, Ulrich Sieber, Jan-Michel Simon, Felix Schwarz (comps.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 15.

⁵³TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidade*. 2.ed. Lima: Jurídica Grijley, 2007, p. 6.

Em essência, a crítica político-criminal reside na contaminação que o direito penal teria recebido de outros setores do sistema jurídico, tanto no que diz respeito às novas áreas de proteção quanto ao seu desenvolvimento. Para essas posições, o direito penal deve proteger apenas ativos legais clássicos vinculados à esfera individual do sujeito (vida, integridade, patrimônio individual, liberdades etc.), pois somente dessa maneira as garantias de imputação criminal e criminal podem ser preservadas; o que não aconteceria quando o direito penal proteger ativos supraindividuais, como mercado, finanças públicas ou meio ambiente, através da técnica de crimes perigosos, típica do direito administrativo. De acordo com essas posições, os requisitos de dano material e os derivados do princípio da culpa no sentido amplo são fortemente enxaguados, todos com um sério efeito no princípio da proporcionalidade. A proteção criminal, por exemplo, das finanças públicas ou do meio ambiente, é paradigmática em relação ao que eles chamam de "crimes cumulativos", de modo que apenas os fenômenos de risco individuais seriam desvalorizados e punidos, o que em nenhum caso poderia produza a lesão do ativo legal, a menos que se acumule a muitos outros comportamentos repetidos ao longo do tempo por uma pluralidade de sujeitos.⁵⁴

Contudo, é o próprio autor quem rebate os argumentos da tese reducionista do Direito Penal a um modelo vigente no Século XIX e que parece inadequado em pleno Século XXI.⁵⁵ Admitida, assim, a incriminação de comportamentos relacionados aos abusos relacionados a determinados bens jurídicos, o que se deve investigar é se na aproximação entre os crimes provenientes de um modelo norte-americano, como o *insider trading* ou aqueles relacionados à concorrência, deve-se apropriar, também, de instrumentos processuais típicos daquele sistema. Em outras palavras, urge revisitar as distinções entre os modelos norte-americano e europeu de processo a fim de escrutinar o *plea bargain*. Vale aqui a advertência Carlos Lesmes Serrano, então presidente do Tribunal Supremo da Espanha, em 2014, que o processo tradicional foi feito para alcançar o ladrão de galinhas, não uma nova criminalidade, altamente lesiva e prejudicial aos direitos humanos.⁵⁶

1.4. Entre os modelos americano e europeu continental de persecução

A aproximação dos problemas penais de países de tradição europeia continental e da *Common Law* tem levado à discussão quanto à adequação da incorporação de instrumentos de um pelo outro. Nas sociedades ocidentais

⁵⁴CARPIO BRIZ, David. Concepto y contexto del derecho penal económico. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.). *Manual de derecho penal, económico y de empresa: parte general y parte especial* (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal) Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valencia: Tirantlo Blanch, 2016, p. 25, t. 2.

⁵⁵CARPIO BRIZ, op. cit., p. 26.

⁵⁶MARCO FRANCIA, M. Pilar. Criminología, Derecho Penal económico y Derechos Humanos. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo; NIETO MARTÍN, Adán (dir.); MAROTO CALATAYUD, Manuel; MARCO FRANCIA, Mª Pilar (coord.). *Derecho Penal Económico y derechos humanos*. Valencia: Tirantlo blanch, 2018, p. 192.

industrializadas os dois modelos despontam e rivalizam.⁵⁷ No modelo *made in USA* apresenta um desenvolvimento mais amplo de um procedimento de partes para a resolução de um conflito por um juiz imparcial. Prevalece a igualdade de direitos entre as partes, que debatem perante um tribunal onde os jurados, que são expectadores do embate, emitirão o juízo sobre a culpabilidade do agente (*veredict*) cabendo ao juiz profissional (*bench*) fixar a pena (*sentence*).⁵⁸ Esse modelo de processo penal de partes é chamado de *adversary sistem*, pois cabe às partes toda a produção probatória. Contudo, o acusado pode prescindir da audiência sobre a questão da culpabilidade e também da prova, se opta por assumir a culpa por meio de seu *guilty plea* (confissão de culpabilidade).⁵⁹ Desenvolveu-se então, há mais de um século, nos Estados Unidos o procedimento do *plea bargaining*, espécie de negociação entre acusação e defesa.⁶⁰ Nela o acusado opta por reconhecer sua culpabilidade (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou declara que não deseja prosseguir com o processo (*nolo contendere*) recebendo, como contrapartida, uma pena mais branda.⁶¹

O procedimento europeu continental tem origem no procedimento inquisitivo, onde o acusado não era mais do que objeto de um processo de instrução conduzido por juízes estatais.⁶² Nesse modelo, que se desenvolveu com primazia na França, operou-se uma divisão de tarefas entre o tribunal e a *fiscalia*, a autoridade acusadora, reconhecendo, ainda, direitos próprios da defesa.⁶³ Nesse modelo, o que se desenvolveu não foi propriamente um verdadeiro processo de partes, pois o juiz produz pessoalmente a prova e tem a responsabilidade por sua correção e totalidade. Preservando a proximidade com o antigo procedimento inquisitivo. Haveria uma busca pela “verdade material”, o que autorizaria o juiz a impulsionar a ação penal tão logo interposta a acusação. Diante do objetivo maior e da indisponibilidade dos interesses envolvidos, não se poderia pensar em *plea bargaining*.⁶⁴

A clara influência do procedimento europeu continental no processo penal brasileiro sempre se fez sentir. Porém, tal como na Europa, também aqui a crise do procedimento era

⁵⁷SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 288.

⁵⁸Ibidem.

⁵⁹Ibidem, p. 288-289

⁶⁰Ibidem, p. 288.

⁶¹GIVATI, Yehonatan. The comparative law and economics of plea bargaining: theory and evidence. *Harvard: John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Fellows' Discussion Paper Series*, n. 39. p. 1-26, jul. 2011. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁶²SCHÜNEMANN, op. cit., p. 289.

⁶³Ibidem.

⁶⁴Ibidem, p. 289-290.

traduzida num sistema judicial altamente formal que fazia da verdade um valor superior aos da efetividade ou rapidez na solução do conflito.⁶⁵ Essa crise era manifesta nos processos penais relativos a delitos econômicos onde a magnitude dos casos paralisavam a justiça criminal, que não estava preparada para lidar com tais delitos.

Foi por conta da falta de melhores opções, da dificuldade da prova, do volume de trabalho envolvido e da necessidade de dar respostas mais efetivas que foram surgindo algumas alternativas para responder aos reclamos por justiça.⁶⁶ A incorporação de instrumentos típicos do modelo norteamericano é representativa dessa tentativa de responder com mais presteza aos conflitos penais. Porém, seriam tais instrumentos compatíveis com nossa Constituição? Teriam eles efetividade para permitir alcançar quem sempre se pôs a salvo da Justiça? Ou representariam tão somente um reforço à seletividade que sempre existiu. Realiza-se, então, um corte entre os mais variados instrumentos para fins de contextualizar o *plea bargain* no quadro dos variados acordos penais que tem surgido em nosso ordenamento (transação penal, suspensão do processo, colaboração premiada e acordo de não persecução penal).

1.5. Acordos de não persecução penal no brasil: histórico

A regulamentação nacional da Justiça Consensual, em seus submodelos, evidencia-se pela edição de diversos diplomas normativos.

Nesse diapasão, destaca-se a Lei nº 9099/95⁶⁷, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Nela estão previstos, em fase preliminar, isto é, antes do oferecimento de denúncia, os institutos da transação penal (artigo 76) e da composição dos danos civis (artigo 72).

Após o oferecimento da denúncia, o diploma normativo em questão prevê, em seu artigo 89, a propositura de Suspensão Condicional do Processo, pelo Ministério Público, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos previstos no artigo 77, do Código Penal, que autorizariam a suspensão condicional da pena.

⁶⁵Idem. ¿ Crisis del procedimiento penal? (¿ marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo?). In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 291.

⁶⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidade*. 2. ed. Lima: Jurídica Grijley, 2007, p. 35.

⁶⁷ BRASIL. *Lei nº 9099/95*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9099&ano=1995&ato=efcUzaU5UeJpWT3a7>. Acesso em: 15 mar. 2020.

Da análise de tal instituto se percebe que tanto a transação penal quanto a composição dos danos civis são propostas antes do início da ação penal, muito se assemelhando ao acordo de não persecução penal, tendo em vista que a aplicação dos referidos institutos impede a instauração de uma ação penal.

Saliente-se que a transação penal e a suspensão condicional do processo apresentam contornos do modelo de justiça negociada, já que se traduzem na celebração de um acordo entre acusação e autor do delito, onde a este último se incumbe o dever de cumprimento de determinadas obrigações em troca do benefício de se ver livre da instauração de uma ação penal ou suspendendo-a.⁶⁸

A Lei nº 9.099/1995 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do que denominamos de justiça restaurativa, trazendo em seu texto as penas alternativas também presentes com o advento posterior da Lei nº 9.714/1998⁶⁹, que alterou dispositivos do Código Penal, no que tange às penas restritivas de direitos.

É de bom alvitre mencionar ainda, quanto aos modelos de justiça consensual introduzidas no Brasil, o instituto da colaboração premiada, previsto detalhadamente, na Lei nº 12.850/2013⁷⁰, Lei das Organizações Criminosas em seus artigos 3º, inciso I e artigos 4º, 5º e 6º que se enquadram plenamente no modelo de justiça colaborativa, que também resta contemplada nos seguintes diplomas normativos: Lei nº 7.492/86⁷¹ (Crimes contra o sistema financeiro nacional – artigo 25, §2º, incluído pela Lei nº 9.080/1995); Lei nº 9.807/1999 (Lei de proteção às vítimas e testemunhas – artigos 13 e 14); Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais – artigo 1º, §5º, redação dada pela Lei nº 12.683/2012); Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas – artigo 41); Lei nº 12.529/2001 (artigo 87).

Convém destacar, ainda, o advento da Resolução nº 225/2016⁷² do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e a edição da Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (alterada pela Resolução 183 de 24 de janeiro de 2018), a qual prevê o

⁶⁸ALVES, Jamil Chaim. *Justiça Consensual e Plea Bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu; Souza, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2 ed., ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 217-237.

⁶⁹BRASIL. *Lei nº 9.7714*, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714. Acesso em: 15 mar. 2020.

⁷⁰BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

⁷¹BRASIL. *Lei nº 7492*, de 16 de junho de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm Acesso em: 15 mar. 2020.

⁷²CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 225*, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289> Acesso em: 13 ago. 2020.

acordo de não persecução penal.

A Resolução nº 181/2017REF, que prevê o acordo de não persecução penal, amparou-se na necessidade de buscar soluções alternativas no Processo Penal para proporcionar celeridade na resolução de casos menos graves, priorizando recursos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento de casos mais graves e teve como inspiração as experiências estrangeiras que buscam o consenso entre as partes para a solução de conflitos penais.⁷³

Saliente-se que a aplicação do referido acordo trouxe à baila diversos questionamentos, tendo em vista que há época não havia no ordenamento jurídico brasileiro previsão para a realização deste, estando amparado, única e exclusivamente, na resolução do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

Contudo, resta claro atualmente que com tal resolução, o Conselho Nacional do Ministério Público buscou tão somente aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF, artigo 37, caput); da proporcionalidade (CF, artigo 5º LIV); da celeridade (CF, artigo 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI e VI).⁷⁴

A resolução foi editada dentro da estrita legalidade e constitucionalidade, de acordo com o que a norma constitucional permite, resguardado o princípio institucional da independência funcional, que permite ao Ministério Público propor o acordo de não persecução penal nos casos permitidos pela Resolução nº 181/17, alterada pela Resolução 183/18, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público⁷⁵.

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi posteriormente inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/19, sendo uma espécie de medida despenalizadora, alinhada a institutos como suspensão condicional do processo e transação penal, estas dispostas na Lei nº 9.099/95.

Pelo art. 28-A do CPP, são requisitos para o entabulamento do acordo o caso não ser de arquivamento do inquérito policial, a existência de confissão formal e

⁷³ CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. *Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal* (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). p. 21-47. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2a36cfc8306908148b233995a76a4532.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 31

⁷⁵ A Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul expediu a Recomendação nº 0003/2019/CGMP/MS, de 25 de fevereiro de 2019, que foi publicada no Diário Oficial do Ministério Público nº 1.919, de 27 de fevereiro de 2019, recomendando aos membros do Ministério Público, resguardado o princípio institucional da independência funcional, propor o acordo de não persecução penal nos casos permitidos pela Resolução nº 181/17, alterada pela Resolução 183/18, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: https://diarios.s3.amazonaws.com/MP-MS/2019/02/pdf/20190227_25.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&xpires=1593981454&Signature=Gu%2FeYvWExTyTFaCCEf80p7kpgOw%3D. Acesso em: 5 jul. 2020.

circunstancial, o delito não ter sido praticado mediante emprego de violência ou grave ameaça (a pessoa) e ter cominada pena mínima inferior a quatro anos, além de ser a medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O art. 28-A do CPP também elenca as condições a serem cumpridas pelo investigado, que podem ser ajustadas cumulativa e alternativamente no acordo.

Em seu segundo parágrafo, o citado dispositivo excepciona as hipóteses de cabimento do acordo, vedando a sua realização: se for cabível transação penal de competência do Juizado Especial Criminal; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Resta evidenciado que tal opção legislativa funda-se em modelo consensual de solução de conflitos e tem como corolário a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, o qual impõe a persecução de todo delito que venha a ocorrer. No modelo adotado, para infrações de pequena e média gravidade, a pena criminal é substituída por medidas alternativas. Com isso, busca-se a solução do conflito social por medidas menos ortodoxas, mais afinadas com a complexidade da sociedade contemporânea, com os fundamentos do Direito Penal e fins da sanção por ele cominada.

Com a positivação do ANPP, muitas e controvertidas questões têm sido levantadas. Entre elas, destaca-se a atinente ao direito intertemporal. Discute-se se o ANPP é cabível para os processos em curso quando da entrada em vigor da Lei nº13.964/19, ou se apenas será aplicado a casos futuros. Na primeira hipótese, necessário determinar se haverá condicionante de sua incidência em razão da fase em que o processo se encontra⁷⁶.

Há quem defenda a impossibilidade da aplicação do instituto em exame aos processos criminais em andamento. A despeito da escassez de julgados sobre o tema, houve uma decisão da 8ª Turma do TRF da 4ª Região nesse sentido (apelação criminal nº5003596-39.2016.4.04.7002),⁷⁷ segundo a qual a regra inscrita no art. 28-A do CPP possui caráter

⁷⁶GOMES, José Jairo. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. *GENJURÍDICO.com.br*, Artigos: Processo Penal, 29 abr. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

⁷⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação criminal nº 5003596-39.2016.4.04.7002*. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810566308/apelacao-criminal-acr-50035963920164047002-pr-5003596-3920164047002/inteiro-teor-810566347?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 out. 2019.

meramente processual, estando intrinsecamente ligada ao procedimento da ação penal e, portanto, deve ser aplicada sob os ditames do *tempus regit actum*, de modo a produzir efeitos próprios a partir da entrada em vigor do dispositivo em referência.

2. PLEA BARGAIN NO SISTEMA PENAL NORTE AMERICANO

No próximo tópico será feita uma análise acerca do sistema de consenso processual penal americano, suas origens e a influência que este vem exercendo no Direito Brasileiro nos últimos tempos.

2.1. Considerações gerais e consolidação

O Direito estrangeiro vem, ao longo do tempo, servindo de fonte de inspiração para uma série de mudanças na legislação pátria, o que tem transcendido o âmbito o âmbito remoto da cooperação internacional para se situar no quadro de desenvolvimento da globalização.⁷⁸ Tal como as atividades econômica se globaliza, também o direito fica exposto à aproximação, integração e apropriação de institutos por distintos países. Instituto oriundo de países que seguem a *common law*, consiste numa negociação entre a acusação e o réu, através da qual, em troca da assunção de culpa, o acusado se beneficia com uma atenuação no número de acusações, na gravidade delas, ou, ainda, na redução da pena recomendada⁷⁹.

Nos Estados Unidos o *plea bargaining* consiste em um procedimento de negociação entre as partes do processo criminal, na qual o acusado confessa a culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou declara que não deseja o prosseguimento do processo (declaração de *nolocontendere*) em troca de uma pena mais branda. Esse tipo de solução, como parece intuitivo, encerra mais rapidamente e gera menores custos para Estado e acusado.⁸⁰ Diferentemente dos sistemas jurídicos da *Civil Law*, onde prevalecem dogmas ou princípios, o direito norte-americano alinhado aos postulados da *Common Law* constrói o direito a partir de casos anteriores. Essa distinção fundamental propicia, nos sistemas de tradição romano-germânica, um maior aprofundamento. É o caso particular que cria a norma geral com ênfase no respeito a uma decisão anterior, que o direito norte americano denomina *precedent*. Os *precedents* ou regras dos casos concretos vão sendo novamente aplicados caso sejam eles que melhor se adequem ao caso *sub judice*.⁸¹

⁷⁸VARELLA, Marcelo D. *Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, p. 84

⁷⁹GIVATI, Yehonatan. The comparative law and economics of plea bargain theory and evidence. *Harvard Law School, John M. Olin Center of Law, Economics and Business Fellw Discussion Paper Series*, n. 39, p.11-26, jul. 2011. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁸⁰Ibidem.

⁸¹SIQUEIRA, Julio P. F. H. de. Natureza jurídica do Direito Comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3508, p. 303-304, fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23674/natureza-do-direitocomparado#:~:text=Direito%20comparado%20%C3%A9%20express%C3%A3o%20que,sejam%20eles%20um%20instiuto%20jur%C3ADdico>. Acesso em: 9 jun. 2019.

Um dos precedentes mais conhecidos, a *exclusionary rule*, foi desenvolvido pela Suprema Corte diante de um caso concreto:

Em 21 de dezembro de 1911, um cidadão chamado Fredmont Weeks foi preso pela polícia de Kansas City, Estado do Missouri, por utilizar o sistema dos correios para distribuir bilhetes de loteria, um fato típico segundo a lei penal da época. Contudo, não foi o motivo da prisão que levou o processo a se tornar um *landmark case*, mas o modo como as autoridades agiram no contexto dos fatos. Começava, então, a construção pela Suprema Corte Americana da *exclusionary rule*.

No dia dos fatos, os agentes ingressaram na residência de Weeks sem um mandado judicial, utilizando informações de um vizinho sobre o esconderijo da chave. Por duas vezes, autoridades estatais entraram na casa e apreenderam documentos que serviriam como evidências perante o Poder Judiciário para condenação criminal de Weeks. O caso chegou para julgamento da Suprema Corte Americana, que reverteu a condenação estabelecendo como proteção constitucional a exclusão das provas ilícitas (*exclusionary rule*).⁸²

Na decisão amparou-se a Suprema Corte Americana na Quarta Emenda à Constituição que trata do direito à privacidade que só poderia ser afastado por meio de mandados judiciais lastreados em uma causa provável documentalmente comprovada. A decisão datada de 1914 deixava expresso que seus destinatários eram os órgãos e agências federais deixando, portanto, de fora os Estados Federados. Contudo, em 1961, no julgamento do caso *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte mudou o entendimento que havia sido firmado anteriormente (*Wolf v. Colorado* – 1949) e passou a afirmar que o precedente seria aplicável, também, aos Estados.⁸³

Dentro dessa estrutura diferenciada é que se consolidou uma cultura jurídica de convencionalidade (ou de justiça convencional), o que materializa a busca pela solução da lide sem determinações específicas sobre o direito de ação como, no Brasil, ocorre com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. A forte influência política sobre o Direito Penal faz com que ocorra, por um lado, uma gradual despenalização de condutas socialmente irrelevantes e, de outro, a concentração de esforços em crimes de maior repercussão, onde o acordo entre as partes permite uma aplicação de pena mais adequada ao acusado.⁸⁴ Dentro de um sistema onde a responsabilidade penal da pessoa jurídica é admitida há muito tempo, não escapam da lógica do acordo alguns dos grandes escândalos financeiros deste século. Nesses termos, fraudes financeira praticadas entre 2010 e 2011 pela Holding HSBC plc e que geraram acusação por parte do Departamento de Justiça (DoJ) foram resolvidas, em 2018, com o pagamento de cerca

⁸²RICKEN, Daniel. A compatibilidade da *good Faith exception* com o Sistema de Justiça Criminal brasileiro baseada no garantismo penal integral e no princípio acusatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; ASSUNÇÃO, Bruno Barros de; CARDOSO, Natália Angélica Chaves. *Sistema de Justiça Criminal*. Brasília: ESMPU, 2018, p. 73-103.

⁸³RICKEN, op, cit., p. 74-75.

⁸⁴SANTOS, Boaventura de Sousa. The processes of globalization. *Eurozine*, v. 68, n. 14, p.33-34, dez. 2002.

de cem milhões de dólares para por fim à acusação de fraudes.⁸⁵

É preciso, contudo, compreender que o *plea bargaining* tornou-se progressivamente comum em meados do século XIX e, no início do século XX, era o método dominante de resolver processos criminais. Diversos fatores, durante esse período, produziram um tremendo acréscimo do número de processos criminais para os quais o *plea bargaining* era a resposta⁸⁶. A explosão demográfica nos Estados Unidos, promovida, em parte, pelo dramático aumento no número de imigrantes, juntamente com a maior concentração de pessoas a viver nas áreas urbanas, como resultado da rápida expansão industrial do país, foram alguns dos fatores que influenciaram o surgimento do instituto como resposta natural ao aumento do volume de casos criminais e aos recursos limitados disponíveis para lidar com eles⁸⁷.

O desenvolvimento de profissões jurídicas (Magistratura, Ministério Público e Advocacia), o crescente profissionalismo do sistema de tribunais criminais, o sistema adversarial desempenharam papéis importantes na ascensão do *plea bargaining*.⁸⁸ Mudanças sociais experimentadas após a Segunda Grande Guerra, em especial no âmbito criminal com a adoção de políticas criminais específicas para uma série de comportamentos relacionados, a título de exemplo, às drogas e álcool e, também, que envolviam armas de fogo, violência doméstica e criminosos sexuais perigosos, fizeram explodir as demandas ao sistema de justiça⁸⁹, o que é sempre um instrumento de pressão para a busca de respostas por parte do sistema de justiça criminal. Uma diversidade de crimes se tornaram objeto das chamadas “penas mínimas obrigatórias”, cuja imposição era obrigatória em caso de condenação. Além disso, criminosos reincidentes ficaram sujeitos a penas substancialmente aumentadas para os crimes cometidos.⁹⁰

Não obstante sua larga aplicação, o posicionamento da Suprema Corte sobre o *plea bargaining* marca, talvez, o fim de uma etapa na jurisprudência americana. É que sob a liderança de Earl Warren (1953-1969), a Corte teve forte atuação no sentido do resguardo aos

⁸⁵UNITED STATES. The United States Department of Justice. *HSBC Holdings Plc Agrees to Pay More Than \$100 Million to Resolve Fraud Charges*. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-agrees-pay-more-100-million-resolve-fraud-charges>. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁸⁶ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and its History*. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, p. 1-43, jan. 1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁸⁷FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A history of Plea Bargaining in America*. Stanford: University Press, 2003. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7943&context=ylij>. Acesso em: 22 dez. 2019.

⁸⁸LANGBEIN, John H. *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, *Law & Soc’y Review*, v. 13, n. 261, p. 261-272. winter 1978. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/43ac/7def0df72033027186389c28e211607ce917.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁸⁹OPPEL Jr, Richard A. Sentencing Shift Gives New Leverage to Prosecutors. *The New York Times*, Nova York, 25 set. 2011. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2011/09/26/us/tough-sentences-help-prosecutors-push-for-plea-bargains.html> Acesso em: 22 dez. 2019.

⁹⁰ Ibidem.

menos favorecidos na sociedade⁹¹ e contra a censura (*Jacobellis v. Ohio*).⁹² Nesse período a constitucionalidade do acordo era fortemente questionada pelo risco que representava a direitos indisponíveis do acusado garantidos pela Constituição Americana, como a proibição de *ne se ipsum procedere* da Quinta Emenda. A consolidação dessa etapa de imposição tanto às autoridades federais como às estaduais de uma série de limites pareceu ser encerrada quando, sob a presidência de Warren Burger, a Suprema Corte passou a reconhecer a compatibilidade da *plea bargaining* com a Constituição.⁹³ A mudança no panorama social e institucional conduziram à proclamação do instituto como “um componente essencial da administração da justiça”.⁹⁴ Após tal reconhecimento ocorreu sua incorporação nas normas estaduais, através das elaborações dos tribunais estaduais, correspondentes ao *power of inherent jurisdiction*, e federal, neste caso pela aplicação das *Federal Rules of Criminal Procedure*.

2.2. O procedimento

O procedimento do *plea bargaining* no Sistema Federal dos Estados Unidos da América está previsto no *Federal Rules of Criminal Procedure* (Rule 11 – Pleas 10), ressaltando que aproximadamente dois terços dos Estados seguem estas regras, ainda que possuam autonomia para legislar sobre matéria penal.⁹⁵ Nele são apresentadas três opções ao acusado: a) Declarar-se culpado de forma expressa (*plea of guilty ou guilty plea*); b) Afirmar que não quer contestar a ação penal, mas sem admitir sua responsabilidade (*plea of nolo contendere*); e c) Declarar-se inocente, ou “não culpado” (*plea of not guilty*), restando esta declaração presumida caso o acusado se quede em silêncio.⁹⁶

No primeiro caso (*plea of guilty*), o acusado assume todas as consequências de uma condenação criminal, incluindo a possibilidade de ser acionado pela vítima judicialmente na seara cível, pois tal sentença se constitui, de plano, em título executivo judicial. Na hipótese de não contestar a prática do fato imputado contra si, mas se insurgir contra a legalidade da

⁹¹PEDERSON, William D. Earl Warren. *The first amendment encyclopedia*. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1370/earl-warren>. Acesso em: 27 jul 2020.

⁹²HUSON JR., David L. *Jacobellis v. Ohio* (1964). *The first amendment encyclopedia*. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/392/jacobellis-v-ohio>. Acesso em: 27 jul 2020.

⁹³ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 17.

⁹⁴ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Norte Americana. *HC nº 126174. Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260 (1971). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁹⁵SANTOS, op. cit., p. 34-35.

⁹⁶O Estado do Alasca e a cidade de Filadélfia, no Estado da Pensilvânia, proibem expressamente estes acordos, ao passo que a cidade de El Paso, no Estado do Texas, não o permite para o caso de crimes graves. (MESSITTE, op. cit., 2010, p. 9.)

persecução (*not legally guilty*), ele pode efetuar uma declaração de culpa condicionada (*factually guilty*). Isso lhe permite o direito de apelar tão somente a questões processuais quando tenha seus pedidos indeferidos pelo juízo do julgamento.⁹⁷

Na hipótese do *plea of nolo contendere*, o acusado não admite a culpa como apresentada pela acusação, mas, escolhe não contestar o que lhe foi imputado. A consequência mais marcante desta opção é a não constituição, de plano, de título executivo judicial em desfavor do acusado, tratando-se de sentença penal condenatória desprovida de consequências na órbita civil.⁹⁸

Nas duas situações descritas (reconhecimento de culpa ou decisão por não impugnação da acusação), o processo tenderá a um desfecho mais rápido, o que acarreta, também, em economia processual. Ao revés, caso ele opte por se declarar inocente, o processo segue para um julgamento, que deve ser rápido e público, a princípio efetuado pelo Grande Júri.⁹⁹

Caso as partes pretendam entabular um acordo, terá início o *Plea Agreement Procedure* (Procedimento de acordo), que tem por exigência ser totalmente gravado (*recording the proceedings*) como forma de se aferir os dois requisitos subjetivos necessários à admissão do acordo: a voluntariedade e a inteligência da declaração do acusado. A voluntariedade é prevista na Rules 11(b) (2) que limita a aceitação da *plea of guilty* ou uma declaração de *nolo contendere* aos casos em que, após diligência direta da Corte de Justiça, restar claro que o ajuste não resultou de coação física, ameaças ou promessas juridicamente inviáveis.¹⁰⁰ Na dinâmica do *plea bargain* adotado no direito norte-americano há extenso rol de medidas que podem ser tomadas a fim de averiguar consciência e pleno entendimento do acusado sobre o acordo.¹⁰¹ A Suprema Corte Norte Americana já sedimentou o entendimento de que o grau de discernimento

⁹⁷ SANTOS, op. cit., p. 34-35.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ A Emenda VI da Constituição Americana estabelece que: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial [...]*”. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Sobre as emendas à Constituição Americana. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 94, abr./jun. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181761/000431306.pdf?sequence=3>. Acesso em: 27 jul. 2020.

¹⁰⁰ No original: “(2) *Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement).*” Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcmp/rule_11. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁰¹ A lista é extensa e possui 15 itens, dos quais pode-se destacar os seguintes esclarecimentos a serem feitos pelo Juiz: o direito do Estado de usar a declaração feita pelo acusado em eventual processo de perjúrio ou falso testemunho; o direito a um julgamento pelo júri; o direito a ser representado por um advogado perante o Tribunal; o direito de confrontar e contra argumentar provas adversas; a natureza do encargo que o acusado pleiteia; os termos de qualquer disposição em que as partes renunciem ao direito de recorrer, dentre outros. (CARDOSO, Henrique. *Plea bargaining* nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 57-74, jul./dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9636/2017.v3i2.2405>. Disponível em: [file:///C:/Users/CEASA/Downloads/2405-11278-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/CEASA/Downloads/2405-11278-1-PB%20(2).pdf). Acesso em: 15 out. 2019.

exigível para se admitir um “*plea of guilty*” ou uma declaração de “*nolo contendere*” é o mesmo necessário para que o acusado seja submetido a um julgamento formal, apto a aplicação de uma sanção penal, uma vez que estas declarações se revelam em verdadeiras sentenças penais condenatórias (*Godinez v. Moran*, de 1993).¹⁰²

2.3. A crítica

A existência do comportamento desviante e do crime em uma sociedade sugerem inúmeras reflexões para a compreensão dos fenômenos e para a proposição de soluções sob diferentes perspectivas (práticas, políticas, morais, intelectuais, etc.). Entretanto, dentre os diversos ramos da sociologia aplicada, talvez, a sociologia do crime e do desvio seja aquela que sofra maiores pressões para o encontro de respostas. O desvio é perturbador e desconcertante e poucas vezes o investigador tem um guia para se valer do encontro de um bom caminho.¹⁰³ O crime, enquanto forma de desvio, pede resposta, contudo, não há uma concepção estática de bondade e maldade subjacente ao reconhecimento do comportamento desviante¹⁰⁴, assim como não há uma resposta única para tal fenômeno. Mudam as penas e os procedimentos, contudo, não se deve olvidar que falar de Direito Penal é falar de violência. Não importa que estejamos a tratar da violência do crime (roubo, estupro, homicídio, *v.g.*), seja a violência da pena (privação de liberdade, internação, inabilitação de direitos, *v.g.*). O mundo está permeado pela violência e o Direito Penal enquanto instrumento de controle social não se afasta disso diferindo, entretando, de outros instrumentos de controle por sua formalização, o que o afasta da espontaneidade, da surpresa e da subjetividade.¹⁰⁵

Qualquer perspectiva que se tenha do instituto em questão, ao que parece, não pode se distanciar de uma dupla abordagem, a relação crime-pena e conexão liberdade-responsabilidade.

Como assenta Polaino Navarrete:

El binomio esencial del Derecho penal viene integrado por la pareja de conceptos delito/pena. El delito es el presupuesto conceptual y el fundamento jurídico de la sanción penal, y la pena es la legítima consecuencia jurídica del delito, esto es, la sanción punitiva que se impone al acto delictivo. [...] El delito y la pena son dos

¹⁰²Psychiatry & Law. *Landmark Cases*. Disponível em: <http://bama.ua.edu:80/~jhooper/godinez.html>. Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁰³DOWNES, David; ROCK, Paul. *Sociología de ladesciación: una guía sobre las teorías del delito*. México D.F.: Gedisa, 2007, p. 17.

¹⁰⁴CONDE, Francisco Muños; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*, parte general. 9. ed. Valencia: Tirantlo Blanch, 2015, p. 32.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 31-32.

conceptos antagónicos entre sí, pero que al propio tiempo se muestran interdependientes y correlativos reciprocamente. Ello significa, por un lado, que delito y pena se contraponen conceptualmente en cuanto categorías antitéticas, de manera que uno es el reverso del otro. Pero, por otro lado, también significa que uno no puede ser explicado sin el otro, es decir, que ambos conceptos se exigen mutuamente.¹⁰⁶

A tomada de posição frente ao binômio delito/pena nos leva a dois princípios essenciais, segundo a doutrina: 1) não existe delito que não seja sancionado com uma pena; e 2) não existe nenhuma pena que não pressuponha o prévio cometimento de um delito.¹⁰⁷ Não por outra razão, para alguns, a pena é a segunda instituição mais importante da Parte Geral do Direito Penal, a primeira é o próprio delito.¹⁰⁸ E sua razão de ser remonta, como esclarecem Cobo Del Rosal e Vives Antón, à própria necessidade de obediência à lei:

En sus líneas más generales, la pena debe ser entendida como la consecuencia – u la consecuencia jurídica, más precisamente – del delito, y son infinitas las definiciones que, en su dimensión material, se han formulado acogiendo el concepto de pena, no solo por el Derecho penal [...] Según Hobbes la pena es “un mal inflingido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de la ley, a fin de que la voluntad de los hombres esté, por ello mismo, mejor dispuesta a la obediencia.”¹⁰⁹

Abstraídas as razões político-criminais concretas que levam a determinadas decisões criminalizantes, parece possível inferir que a criminalização alcança comportamento indesejados pelo grupo social e que passam a ser sancionados como medida de contenção. A sanção seria, por assim dizer, representativa da reprovação do grupo social ao comportamento desviante, o que não deixa de expressar a ideia de que o princípio da responsabilidade é corolário da liberdade. Em outras palavras, na medida em que se admite o livre-arbítrio no que tange a ações e omissões, a responsabilidade é tão somente a consequência do exercício dessa liberdade no universo consciente das opções que se apresentam.¹¹⁰ Autores como Kant entendiam a necessidade do castigo como sendo absoluta chegando, inclusive, às raias da defesa da Lei de Talião como modelo para efetivar a punição de forma retributiva. A pena não se apresentava, contudo, como forma de vingança, mas como o modo concreto de efetivar a justiça.¹¹¹ Ao debater o dilema do prisioneiro que, condenado à morte, receberia a proposta de

¹⁰⁶ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, Tomo II. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 17.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ ROSAL, M. Cobo Del; ANTÓN, T. S. Vivés. *Derecho Penal: Parte general*. 5. ed. Valencia: Tirantlo blanch libros, 1999, p. 795.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ SUECKER, Betina Heike Krause. *Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32-33.

¹¹¹ KANT apud RODRIGUES, Victor Gabriel. *Delação Premiada: Limites Éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 32.

se sujeitar a um experimento médico de alto risco ao qual, caso sobrevivesse, teria como contrapartida a liberdade, Kant era peremptório: o Tribunal recusaria com escárnio (*Verachtung*), porque “a justiça deixa de ser ela mesma quando se vende por qualquer preço”.¹¹²

Ocorre que no *plea bargain* está presente justamente tal negociação. Diz-se-ia que a esfera de liberdade deixa de se restringir ao plano da conduta, isto é, transcende a órbita do delito, para alcançar, também, a definição da pena, numa típica composição de justiça consensual. Cede espaço o imperativo categórico kantiano da necessidade absoluta de punição¹¹³ em favor da ideia de Bentham que afirmava não dever haver punição ao criminoso quando esta for inútil ou “extremamente dispendiosa”, o que sinalizava para possibilidade da *plea bargain*.¹¹⁴ Deste modo, a ideia de que em todo tempo e lugar onde o homem se reúna num grupo social haverá poder e coerção como modo de manter um certo funcionamento do grupo¹¹⁵ e evitar a anomia, que conduz a sociedade ao império da imoralidade em detrimento do que está moralmente precrito (como foi prova o poder de Al Capone nos Estados Unidos, v.g.), seguirá válida.¹¹⁶ E assim o é porque parece ser inerente à própria organização social, a existência de uma função repressiva a quem cumpre conter o comportamento desviante.¹¹⁷ Porém, em lugar de um sistema que tem na aplicação da pena pelo Estado após um devido processo legal, o que emerge é um sistema onde existe a possibilidade de composição entre acusação e defesa como forma de obter a pacificação social.

Entretanto, não se deve olvidar que um dos principais problemas do sistema penal é sua seletividade, isto é, os pobres são seu objeto preferencial, o que não deixaria de ser manifesto, também, em relação ao instituto americano do *plea bargain*.

Nos Estados Unidos entre 95 e 99% dos casos penais são resolvidos por meio de acordo.¹¹⁸ Quando tal realidade é, hipoteticamente, transposta para países de tradição romano-germânica parece difícil não concluir que será o pobre quem estará diante do acordo em situação jurídica mais precária. É que o Direito Penal que se construiu como corolário do pensamento iluminista foi um Direito Penal voltado à tutela dos interesses da burguesia, isto é, à proteção da propriedade. Como bem destacou Schünemann, o Direito Penal do Estado Liberal se

¹¹² Ibidem.

¹¹³ RODRÍGUES, op. cit., p. 36-37.

¹¹⁴ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the principals of moral and legislation*. New Yorker: Burns and Hart-Oxford. 2005, p. 161.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; REP, Miguel. *El poder punitivo y la verticalización social: La cuestión criminal*. 6. ed. Buenos Aires: Planeta, 2015, p. 30.

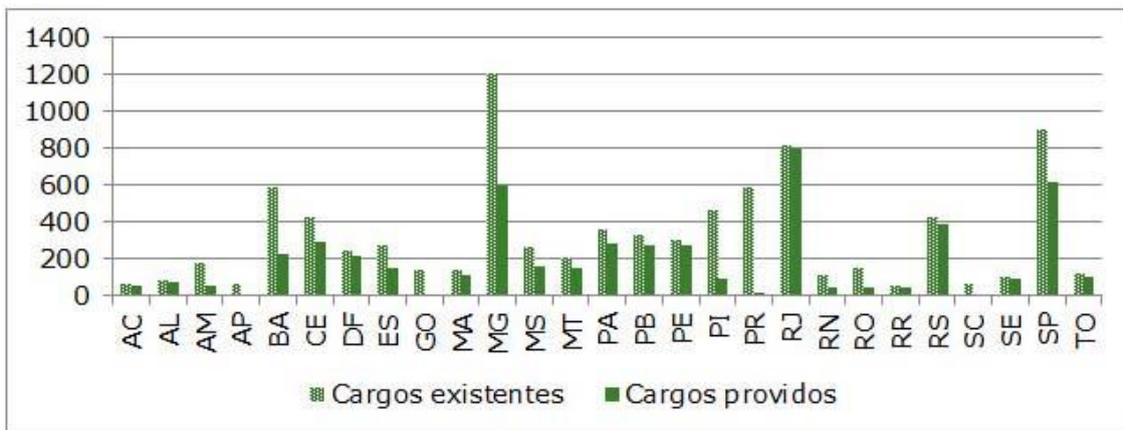
¹¹⁶ DOWNES; ROCK, op. cit., p. 169.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. Carlo Violi (org.). *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 261.

¹¹⁸ SOUZA, Lidiane Teixeira de. A Justiça Penal Negociada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia BARBOZA, Márcia Noll (Coords.). *Inovações da Lei nº 13. 964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020, p. 232-263. (Coletânea de artigos. v. 7)

construiu em torno de condutas relacionadas às classes mais baixas, não por outra razão o roubo e o furto se tornaram o modelo central dessa construção.¹¹⁹ Ocorre que, apesar de algum avanço em direção à punição das condutas das classes economicamente mais favorecidas, ainda hoje a estatística de países civilizados aponta para a predileção do sistema por essa espécie de delito. Em países como a Alemanha, onde 73% dos fatos puníveis registrados no ano de 2003 diziam respeito à criminalidade não violenta contra o patrimônio.¹²⁰ No Brasil, segundo dados do Infopen¹²¹, o encarceramento recai, como regra, sobre pretos e pardos, que são 61,7% dos presos, embora correspondam a 53,63% da população brasileira. Quando o dado examinado é o grau de instrução a situação se agrava, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em 2014, 75% dos encarcerados têm até o ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda. Tais dados permitem concluir que serão os menos instruídos e, com destaque, pretos e pardos, os principais destinatários do acordo e nem sempre contando com a devida assistência de uma defesa técnica qualificada, como dispõem os criminosos do colarinho branco.

É representativa dessa carência de defesa técnica a falta de defensores públicos nos mais variados Estados da Federação como consta de pesquisa do Ipea.¹²²



Destarte, sem recursos para custear uma defesa técnica mais qualificada, sem instrução e sem acesso a um defensor público¹²³ que lhe viabilize a adequada assistência no momento de

¹¹⁹SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho Penal de La Clase Baja al Derecho Penal de la Clase Alta: ¿Um Cambio de Paradigma como Exigencia Moral? In: *Obras, Tomo II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 13-40.

¹²⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma fundamentação para o Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 468.

¹²¹BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão de Direitos Humanos e Minorias*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em: 8 ago. 2020.

¹²²BRASIL. Ipea. *Mapa Defensoria dos Estados*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnos estados>. Acesso em: 08 ago. 2020.

¹²³BRASIL. Ipea. *Sobre o déficit de defensores públicos o estudo do Ipea*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>. Acesso em: 08 ago. 2020.

ajustar um acordo que definirá a pena, ao que parece, o pobre ficará um tanto mais sujeito aos riscos de um sancionamento mais gravoso.

2.4. A assimilação da justiça penal consensual em sistemas de tradição romano-germânica: transação penal (Lei nº 9.099/95) e *plea bargain*

Ao que parece o processo de globalização econômica tem influenciado na aproximação dos sistemas de tradição romano-germânica e anglo-saxão do qual seriam provas as sanções antitruste, o *insider trading* e os programas de compliance, tudo isso sem referenciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.¹²⁴ Contudo, seria superficial supor que a aproximação entre sistemas jurídicos decorresse tão somente de um fenômeno econômico e financeiro e não da realidade nacional quanto à funcionalidade do próprio sistema de justiça.

O sistema de justiça criminal com sua operação tradicional parece não apresentar respostas significativas para a resolução dos conflitos penais. Paradoxalmente, consome vultosos recursos financeiros do orçamento do Estado, perto de uma dezena de bilhão de reais.¹²⁵ A quantidade de ações penais se multiplicam, as taxas de criminalidade seguem subindo e, em contrapartida, a descrença na capacidade do Estado em conter o comportamento desviante vai se consolidando na sociedade.¹²⁶ Por tais razões, intensificaram-se os debates sobre o manejo de métodos alternativos ou complementares para o enfrentamento da criminalidade, o que abriria espaço para uma justiça penal consensual, que busca dar uma resposta compatível com as necessidades de prevenção e repressão de infrações penais e que seja, ao mesmo tempo, diretamente proporcional à gravidade do delito, de modo a não demandar despesa pública, esforço ou desgaste dos atores envolvidos muito superiores ao benefício gerado.¹²⁷ Embora a mais longa tradição seja norte-americana, na Europa, desde 1987, há a Recomendação nº 18 do Conselho da Europa, que trata da simplificação da justiça penal e busca desestimular a intervenção judicial como primeira opção.¹²⁸ No Brasil, desde a Constituição de 1988, já há a sinalização do uso de um instrumento de negociação no âmbito do Juizado

¹²⁴MARTÍN NIETO, Adán. Introducción. In: ZAPATERO, Luis ARROYO; MARTÍN NIETO, Adán.. *El Derecho Penal Económico em La Era Compliance*. Valencia: Tirant to Blanch, 2013, p. 12.

¹²⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QuvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPaineisCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03 &anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 08 ago. 2020.

¹²⁶SOUZA, Lidiane Teixeira de. A Justiça Penal Negociada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia BARBOZA, Márcia Noll (Coords.). *Inovações da Lei nº 13. 964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020, p. 232-263. (Coletânea de artigos. v. 7).

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibidem.

Especial Criminal (Art. 98, I), a transação penal. A previsão constitucional parecia enunciar a necessidade de readequação dos instrumentos disponíveis ao sistema de justiça criminal para responder ao fato criminoso. Era o que declarava a consagrada doutrina pátria que deu base à Lei nº 9.099/95:

Há muito tempo o jurista brasileiro preocupa-se com um processo penal de melhor qualidade, propondo alterações ao vetusto Código de 1940, com intuito de alcançar um “processo de resultados”, ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da Nação.¹²⁹

Destarte, parecem ser as mesmas razões que motivaram uma proposta de expansão do uso dos acordos no âmbito do nominado Pacote Anticrime (Projeto de Lei nº 882/2019). Em sua exposição de motivos estão repetidas as razões que levaram os diversos sistemas jurídicos a buscar na justiça penal consensual uma solução para a funcionalidade do próprio Judiciário:

A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

Não se nega, porém, que já existissem, bem antes da própria Lei nº 9.099/95, formas de negociação entre acusação e defesa como forma de atenuar a resposta penal ao fato criminoso, a delação premiada.¹³⁰ Contudo, sua aplicação, ainda que possa guardar proximidade com a colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013, por sua incidência no âmbito do concurso de agentes, era fortemente atacada pela doutrina que questionava a constitucionalidade da lógica de “perdoar um para punir vários”.¹³¹ Parece, outrossim, relevante que se regresse à Lei nº 9.099/95 a fim de que se possa vislumbrar um modelo de acordo onde, de fato, há uma

¹²⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

¹³⁰ Diversos dispositivos legais veicularam previsões de delações premiadas como forma de estimular um concorrente a denunciar o outro delinquentes em troca de uma resposta penal abrandada: Art. 159, § 4º, CP, Art. 25, § 2º da Lei n. 7.492/86, Art. 8º, parágrafo único da Lei n. 8.072/90, Art. 16, parágrafo único da Lei n. 8.137/90, Arts. 13 e 14 da Lei n. 9807/99, entre outros.

¹³¹COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCrim*, v. 13, n. 159, p. 7-9. fev. 2006.

negociação entre acusação e defesa em torno da pena. Diante da análise comparativa entre os institutos de consenso criminais dos países elencados, chega-se a conclusão de que, muito embora os institutos de acordo no processo criminal previstos na Lei nº 9.099/95 tenham clara inspiração no modelo norte-americano, não se pode afirmar que o Brasil adotou plenamente o modelo do *plea bargaining*, pois muito embora haja semelhanças, no sistema brasileiro, a acusação é obrigada a fazer uma proposta ao acusado, quando este preenche os requisitos legais, por ser um direito subjetivo seu¹³², demonstrando claramente seu traço ligado à *Civil Law*.

Outro ponto que deve ser mencionado é que as partes ainda dependem de participação do Poder Judiciário para estabelecerem acordos, ainda que preliminares, não havendo previsão legal para a ocorrência de audiências entre as partes sem a participação de algum integrante do sistema judicial, seja conciliador, juiz leigo ou magistrado togado. É diferente do modelo estabelecido pela *Federal Rules of Criminal Procedure 11*, que inclusive impede a participação do Tribunal nessas discussões, o que revela a disposição que as partes possuem para dialogarem sobre o processo.¹³³

Não obstante, é preciso destacar que com a colaboração premiada acima mencionada, que foi estabelecida na Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013), operou-se profunda transformação no instituto do acordo penal:

A negociação no processo penal foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio com a Lei nº 9.099/1995, que prevê os instrumentos da composição civil de danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, posteriormente tomando novos contornos com a Lei nº 12.850/2013, que regulamentou a colaboração premiada. Há uma forte tendência de expansão dos chamados espaços de consenso no processo penal (VASCONCELLOS, 2019), motivada, entre outras razões, pela busca da eficiência como resposta ao abarrotamento de processos judiciais. Tal expansão reflete a crescente influência do modelo de negociação criminal norte-americana, denominado *plea bargaining*, em países de tradição civil law, como no Brasil (LANGER, 2004), a despeito das duras críticas doutrinárias à barganha e dos efeitos práticos majoritariamente negativos do instituto estrangeiro.¹³⁴

¹³²O STJ tem acórdãos nesse sentido como o seguinte: Apesar de ser direito subjetivo do acusado, a transação penal deve obedecer aos limites do tempo e à discussão no processo, de forma a evitar-se seja sedimentada a decisão indeferitória pelo transcurso do tempo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 37888 / SP*. Relator: Ministro José Arnaldo Da Fonseca. T5, DJ, 08 nov. 2004, p. 267). Contudo, os pronunciamentos mais recentes negam tal possibilidade (configuração de direito subjetivo): Embora admitida a possibilidade de transação penal em ação penal privada, este não é um direito subjetivo do querelado, competindo ao querelante a sua propositura. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp nº 1356229 / PR*. Relatora: Ministra Alderita Ramos De Oliveira (Desembargadora Convocada Do Tj/Pe). T6, Dje, 26 mar. 2013); Segundo decidido pela Corte Especial, a transação penal, nos termos da Lei nº 9.099/1995 não é direito subjetivo do réu e sua aplicação à ação penal privada, embora admitida, não impede o prosseguimento da persecução, em caso de inércia do querelante. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 147251/BA*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. T6, Dje, 17 set. 2012)

¹³³ESTADOS UNIDOS. *Federal Rules of Criminal Procedure 11*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11. Acesso em: 30 set. 2019.

¹³⁴TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. A *Plea bargaining* norte-americana In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia BARBOZA, Márcia Noll (Coords.). *Inovações da Lei nº 13. 964, de 24 de dezembro de 2019*.

Não se ignora que ainda se encontram em tramitação projetos de lei que pretendem inserir no país um acordo nos moldes do *plea bargaining* norte-americano – PLn° 8045/2010 (projeto de Novo Código de Processo Penal)¹³⁵ em trâmite na Câmara dos Deputados. Entrementes, é preciso destacar que a aprovação da Lei n° 13.964/2019 inseriu no vigente Código de Processo Penal o Acordo de Não Persecução que, aproximando-se um tanto mais da colaboração premiada, mas com ela não se confundindo, pois não se exige um delito praticado em concurso de agentes.¹³⁶

O instituto já fora alinhado por meio de ato administrativo do Conselho Nacional do Ministério Público, mas tão somente com sua inserção na lei foi possível afirmar da superação da eventual inconstitucionalidade da previsão:

O acordo de não persecução penal foi inicialmente regulamentado pelo art. 18 da Resolução n° 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada pela Resolução n° 183/2017 do CNMP, a qual dispõe sobre o procedimento investigatório criminal a cargo da Instituição. A expressão adotada possui aparente inspiração nos *deferred prosecution agreements* (DPAs) e *non-prosecution agreements* (NPAs) existentes no ordenamento jurídico norte-americano (DOTTI; SCANDELARI, 2019). Ambos são utilizados na esfera cível ou criminal e exigem que o réu admita “um certo grau de culpa em troca de uma sanção mais branda, com o intuito de melhor atingir os propósitos retributivos da pena” (XIAO, 2013, p. 245, tradução nossa). A diferença reside no momento de realização dos acordos na necessidade de apreciação judicial: os NPAs são celebrados antes da propositura da ação, sem que haja homologação judicial, ao passo que os DPAs ocorrem após o início do processo e demandam a aprovação do tribunal.

A resolução prevê ainda que, caso firmado, o acordo será submetido à apreciação judicial (BRASIL, 2017). Dessa forma, o instrumento possui características mistas, visto que se assemelha aos NPAs por ocorrer antes do início do processo, porém exige homologação judicial, tal qual os DPAs. Posteriormente, de modo a sanar a inconstitucionalidade formal do dispositivo em comento, que viola a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria de direito processual penal prevista no art. 22, inciso I, incluiu-se o acordo ao Projeto de Lei n° 882/2019 (Pacote Anticrime), que deu origem à Lei n° 13.964/2019. O novo art. 28-A do Código de Processo Penal, em vigor desde 23 de janeiro de 2020, possui redação bastante similar ao art. 18 da Resolução n° 181/2017.¹³⁷

Remanesce, apenas, o tentador propósito da Resolução do CNMP de estabelecer

Brasília: MPF, 2020, p. 265-269.

¹³⁵ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 236*, de 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 15 mar. 2020.

¹³⁶ Ibid. 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: (Incluído pela Lei n° 13.964, de 2019) (Vigência)

¹³⁷ TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. A *Plea bargaining* norte-americana. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia BARBOZA, Márcia Noll (Coords.). *Inovações da Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020, p. 265-288.

“soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves”, o que teria aptidão de descongestionar, ao menos parcialmente, os acervos criminais de primeira instância. Assim, percebe-se que o novo artigo 28-A do Código de Processo Penal tende a afrouxar –a reprimenda penal aos crimes nela previstos.

3. A DELAÇÃO (OU COLABORAÇÃO) PREMIADA, A TRANSAÇÃO PENAL E O NOVO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO (LEI N. 13.964/2019): MANIFESTAÇÕES DO PLEA BARGAIN NO BRASIL E OS PROBLEMAS QUE LHE SÃO IMANENTES

O modelo de Justiça Criminal Negocial tem promovido mudanças na interpretação de postulados que, até recentemente, eram intocáveis no Direito e no processo penal brasileiro; por exemplo, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, o direito ao silêncio, o contraditório, a presunção de inocência entre outros. A popularização de institutos como o da colaboração premiada, indica que esse modelo veio para ficar. Neste momento, foi introduzida no Direito Brasileiro a Lei n° 13.946/19 que trouxe para dentro do Sistema de Justiça a técnica da barganha.¹³⁸

Já se passaram anos desde a entrada em vigor da Lei n° 12.850/2013; e a instrumentalização do Plea bargain ainda suscita debates acalorados no meio acadêmico e no próprio cotidiano forense, dada a potencialidade desse tipo de procedimento para a violação de direitos fundamentais. Nesse contexto, a atuação do Poder Judiciário entra em profunda evidência, uma vez que, enquanto titular da jurisdição, é capaz de conter a violência estatal ou de flexibilizar garantias em prol da eficiência punitiva.

Com tal enfoque, o próximo tópico abordará a fragmentalização da justiça penal negocial por meio de distintos institutos na legislação brasileira, o que pode se chamar de plea bargain à brasileira.

3.1. A fragmentalização da justiça penal negocial por meio de distintos institutos na legislação brasileira: o plea bargain à moda brasileira

A adoção de institutos negociais, tidos como pilares da Common Law em nosso país é objeto de toda uma abordagem histórica do Direito Brasileiro, o que vem possibilitando o alcance de inúmeras situações antes inatingíveis sem os instrumentos negociais. Embora se possa cogitar de uma acentuação do manejo de tais instrumentos a partir da Lei n°. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), parece incontestado que ajustes entre o Estado e o investigado com repercussão na sanção já apareciam tanto no âmbito

¹³⁸ O artigo 28-A no CPP, o qual estabelece as linhas gerais do acordo de não persecução penal. O *caput* desse artigo traz os requisitos objetivos para a realização da barganha, isto é, não estar o Ministério Público diante de uma hipótese de arquivamento, bem como, que o investigado tenha confessado a prática da infração penal.

administrativo, como na Lei nº. 8.884/94 (Lei Antitruste), quanto no âmbito penal, como na própria Lei nº. 9.099/95 (Lei do Juizado Especial Criminal).

O acordo de leniência da Lei nº. 8.884/94 (art. 35-B da Lei nº. 8.884/94)¹³⁹, que foi revogada pela Lei nº. 12.529/2011 (Nova Lei Antitruste), não se distanciava, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, da delação premiada prevista em dispositivos esparsos da legislação penal e embutia, inclusive, reflexos nessa instância¹⁴⁰. O escopo do acordo era o de viabilizar a identificação dos demais coautores da infração à ordem econômica premiando, em contrapartida, o colaborador. Embora tenha recebido todo um capítulo dedicado à sua estruturação (Programa de Leniência), o acordo não perdeu sua essência ou terminologia na Lei nº. 12.529/2011 (art. 86) mantida que foi, inclusive, a repercussão penal do ajuste (art. 87)¹⁴¹.

Entretanto, pensar que os institutos do direito concorrencial ou a transação penal possam ser, verdadeiramente, a origem remota de uma justiça penal negocial no ordenamento aplicável no país é ignorar que, ao tempo das Ordenações Filipinas (1603), já havia previsão de institutos aproximados a tal visão negocial em torno da pena. A citada legislação, que permaneceu em vigor até a superveniência do Código Criminal do Império (1830)¹⁴², trazia previsão de dispositivos que hoje poderiam bem ser definidos como formas de colaboração

¹³⁹BRASIL. *Lei nº 8884*, de 11 de junho de 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8884-11-junho-1994-349808-norma-actualizada-pl.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020. Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (Incluído pela Lei nº 10.149, de 2000)

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e (Incluído pela Lei nº 10.149, de 2000)

II- a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 2000).

¹⁴⁰ Ibid., art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 2000) (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 2000)

¹⁴¹ BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1030141/lei-12529-11>. Acesso em: 20 jul. 2020. Art. 87. 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 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.

¹⁴²JESUS, Damásio Evangelista de. Estágio atual da "colaboração premiada" no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7551>. Acesso em: 26 mar. 2015.

premiada. Embora sem a técnica e os contornos hoje vigentes, as ordenações previam o perdão para aqueles que concorressem por meio de conselho para o crime de Lesa Majestade, desde que revelassem o delito antes que esse fosse descoberto¹⁴³. Nas Ordenações havia, ainda, uma previsão genérica de perdão para aqueles que entregassem outros à prisão o que contemplava, inclusive, aqueles que não estivessem envolvidos no delito e que seriam retribuídos financeiramente por tal procedimento¹⁴⁴. Essa última previsão se aproximaria, guardadas as devidas proporções, da previsão de retribuição em dinheiro para o informante que comunique crimes ou ilícitos administrativos, na forma da Lei n.º. 13.608/2018, que foi recentemente alterada pela Lei n.º. 13.964/2019 (Pacote Anticrime)¹⁴⁵.

Destarte, superado esse referencial remoto, inúmeras previsões esparsas do ordenamento brasileiro trouxeram figuras distintas como a delação premiada, o acordo de leniência por um lado e, de outro, a transação penal e a colaboração premiada. A distinção parece necessária, pois, nos dois primeiros a nota característica é a cooperação com a Justiça no sentido da identificação de consortes criminosos (art. 8º, parágrafo único, Lei n.º. 8.072/90), da recuperação do proveito do crime (art. 13, III, Lei n.º. 9.807/99) e da cessação do delito (art. 159, § 4º, CP), mas não há espaço para que o agente negocie diretamente a pena com o Estado. Por outro lado, embora a colaboração premiada (art. 4º, Lei n.º. 12.850/2013) possa buscar algum ou alguns desses objetivos, nela sobressai a ideia da negociação processual, como aparecera, também, na Lei n.º. 9.099/95, com a transação penal.

Neste sentido fixou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. VOLUNTARIEDADE. INDISPENSABILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO JUDICIALMENTE EXIGÍVEL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que o acordo de colaboração premiada consubstancia negócio jurídico processual, de modo que seu aperfeiçoamento pressupõe voluntariedade de ambas as partes celebrantes. Precedentes. 2. Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao Ministério Público a celebração de acordo de colaboração premiada, notadamente, como ocorre na hipótese, em que há motivada indicação das razões que, na visão do titular da ação penal, não recomendariam a formalização do discricionário negócio jurídico processual. 3. A realização de tratativas dirigidas a avaliar a conveniência do Ministério Público quanto à celebração do acordo de colaboração premiada não resulta na necessária obrigatoriedade de efetiva formação de ajuste processual. 4. A negativa de celebração de acordo de colaboração premiada,

¹⁴³ LEI DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS. *Do crime de lesa majestade*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1154.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ BRASIL. *Lei n.º 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

quando explicitada pelo Procurador-Geral da República em feito de competência originária desta Suprema Corte, não se subordina a escrutínio no âmbito das respectivas Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público. 5. Nada obstante a ausência de demonstração de direito líquido e certo à imposição de celebração de acordo de colaboração premiada, assegura-se ao impetrante, por óbvio, insurgência na seara processual própria, inclusive quanto à eventual possibilidade de concessão de sanção premial em sede sentenciante, independentemente de anuência do Ministério Público. Isso porque a colaboração premiada configura realidade jurídica, em si, mais ampla do que o acordo de colaboração premiada. 6. Agravo regimental desprovido. (STF: MS 35693 AgR / DF, Rel. Min. EDSON FACHIN, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 23-07-2020 PUBLIC 24-07-2020)¹⁴⁶

É preciso assentar que a compreensão do processo dentro de uma perspectiva cooperativa deriva da própria estruturação, a partir de 2015, de um Novo Código de Processo Civil onde se reafirma a ideia de que a autonomia privada possa validamente produzir efeitos também no processo¹⁴⁷. A admissão de tal influência no âmbito penal, como quis expresso a Lei nº. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), ao alterar a Lei nº. 12.850/2013:

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

3.2. Transação penal e plea bargain: reflexões e críticas

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro há um quarto de século, a transação penal, embora prevista na Constituição, não escapou às críticas da doutrina. Um setor da doutrina, por exemplo, criticou seu caráter pré-processual defendendo que teriam sido maltratados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Desse modo, a adequada localização do instituto seria ao fim da instrução criminal, ou seja, na fase das alegações orais, quando o réu poderia avaliar a conveniência da negociação¹⁴⁸.

Nesses termos se argumentava:

A Constituição da República em nenhuma hipótese autorizou o legislador a

¹⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 35693 AgR / DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Acórdão Eletrônico DJe-184 DIVULG 23-07-2020 PUBLIC 24-07-2020.

¹⁴⁷PINHO, Humberto Dalla Bernardino de Pinho; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?* Disponível em: https://www.academia.edu/36470844/COLABORA%C3%87%C3%83O_PREMIADA_UM_NEG%C3%93CIO_JUR%C3%8DDICO_PROCESSUAL. Acesso em: 21 abr. 2019.

¹⁴⁸AMORIM, Pierre de Souto Maior Coutinho de. Considerações sobre a (in)constitucionalidade da transação penal. *Jus.com.br*, jan. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9341/consideracoes-sobre-a-inconstitucionalidade-da-transacaopenal#:~:text=A%20transa%C3%A7%C3%A3o%20penal%20tem%20assento,acerca%20da%20constitucionalidade%20do%20instituto>. Acesso em: 21 abr. 2019.

dispensar o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, quando da previsão da aplicação da transação penal. Está lá, dito na moribunda Constituição em vigor, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"(art. 5, inciso LIV, da CR)¹⁴⁹.

As críticas ao viés contratualista da transação penal foram superadas com o tempo. No que tange à diferencialização entre a transação penal e os demais institutos negociais “importados” da *commow law* norte-americana, parece possível dizer que, enquanto a delação premiada e os acordos de leniência tratam de negociações que de fato procuram solucionar a questão trazida à juízo, a transação penal se apresenta, em primeira análise, destinada a evitar o processo, ou seja, solucionar a lide penal sem que o Estado-Juiz tenha de se pronunciar quanto ao mérito de uma acusação¹⁵⁰. Embora apresente proximidade com a transação penal brasileira, o *plea bargaining* norte-americano revela características muito marcantes do processo penal daquele país onde a construção de uma verdade processual se apresenta como método de solução da questão penal, enquanto no Brasil o processo ainda sofre uma forte carga inquisitiva própria de uma busca incessante pela verdade real¹⁵¹. Não se olvida que a reforma do processo civil produziu uma aproximação entre os princípios dispositivo e inquisitivo não são incompatíveis e devem se complementar, pois, embora o juiz não deva substituir a vontade das partes, ele deve velar pelo cumprimento das garantias constitucionais¹⁵².

A despeito das exigências materiais e formais que orientam o instituto da transação penal, previstos na Lei n° 9.099/95, o *plea bargaining* americano detém algumas similaridades com a transação penal, embora com um leque muito menor de burocracia judicial. No sistema da *common law*, quando o acusado se declara culpado (confissão), ele é sentenciado diretamente, sem necessidade de um processo para que se proceda à formação da sua culpa, como ocorre nos países *civil law*, como é o caso brasileiro¹⁵³. A amplitude de poder do órgão de acusação lhe outorga, no modelo americano, um poder legal de propor um acordo (*barganhar*) antes que ocorra a declaração de culpa, o que pdoerá redundar numa pena menor, na obrigatoriedade de participar de um programa de reabilitação,na reparação de

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ DELLAQUA, Goldner Leonardo. Transação Penal, O Devido Processo Legal e o Direito de Punir. *Jus.com.br*, mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56255/transacao-penal-o-devido-processo-legal-e-o-direito-de-punir>. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 192.

¹⁵³ DELLAQUA, Goldner Leonardo. Transação Penal, O Devido Processo Legal e o Direito de Punir. *Jus.com.br*, mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56255/transacao-penal-o-devido-processo-legal-e-o-direito-de-punir>. Acesso em: 22 set. 2019.

danos causados à vítima, tendo como pressuposto, o cometimento de um crime menos grave.

Entretanto, há algumas restrições com a relação a tal negociação, como por exemplo a oposição pelo magistrado com relação a recomendação do Ministério Público, e no caso dos crimes considerados graves, há a necessidade de se obter a aprovação da Corte de Justiça. No caso da aprovação desta do acordo proposto, a matéria não poderá ser mais objeto de recurso judicial.

Em que pese ser o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública a regra no processo penal brasileiro, tal postulado foi excepcionado pela Lei n. 9.099/95, como assenta a doutrina:

[...] princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e princípio consequencial da indisponibilidade da ação penal: significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia. Não há, como regra, no Brasil, o princípio da oportunidade no processo penal, que condicionaria o ajuizamento da ação penal ao critério discricionário do órgão acusatório – exceção seja feita à ação privada e à pública condicionada. Ressalte-se que, neste último caso, se trata da incidência de ambos os princípios, ou seja, oportunidade para o oferecimento da representação, obrigatoriedade quando o Ministério Público a obtém (ver nota 31 ao art. 5.º e nota 12 ao art. 24). Como decorrência desse princípio temos o da indisponibilidade da ação penal, significando que, uma vez ajuizada, não pode dela desistir o promotor de justiça. Logicamente, hoje, já existem exceções, abrandando o princípio da obrigatoriedade, tal como demonstra a suspensão condicional do processo, instituto criado pela Lei 9.099/95, bem como a possibilidade de transação penal, autorizada pela própria Constituição (art. 98, I). Conectam-se ao princípio da legalidade ou da reserva legal, no âmbito penal.¹⁵⁴

Tomado em outros termos, Ministério Público tem a obrigação legal de oferecer denúncia em face do acusado, salvo se estivéssemos diante de hipótese de infração de menor potencial ofensivo para a qual teria lugar a proposta de transação penal. A obrigação decorrente em questão se contrapõe aos sistemas da *commow law*, que privilegiam o princípio da oportunidade. Aqui, em lugar de uma obrigação, tem o Ministério público a faculdade de propor a ação penal quando chegue ao seu conhecimento a ocorrência de um crime. A base para tal proposição repousa na discricionariedade do órgão acusatório para decidir o que é de interesse público em sede de persecução penal. A distinção entre tais princípios constituiria a linha divisória entre os sistemas da *civil law* e da *commom law*, a

¹⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15 ed. São Paulo: Gen/Forense, 2016, p. 33.

partir do momento em que naquele o princípio da legalidade constitui o pano de fundo de todos os procedimentos do MP e do Poder Judiciário e, de modo particular, das ações penais de natureza pública. Neste, por suas próprias características, prevalece o princípio da oportunidade ratificando a sua objetividade, celeridade e informalidade¹⁵⁵.

Partindo de tais premissas, percebe-se que as vantagens da aplicação do *plea bargaining* coincidem com as vantagens da transação penal e podem ser traduzidas concretamente, no impulso à celeridade processual, no alívio das demandas junto ao Poder Judiciário, na diminuição de custos e despesas decorrentes de ações judiciais e na satisfação das necessidades, tanto do infrator, quanto da vítima e da sociedade, evidenciando sobremaneira, uma análise custo-benefício positiva para as partes e as instituições do MP e da Justiça. Entretanto, a adoção do *plea bargain* no contexto brasileiro poderia implicar em algumas consequências negativas, como descritas no capítulo anterior, em especial por força de uma realidade social e penal marcadamente seletiva. O resultado antevisto por parte da doutrina seriam acordos nitidamente prejudiciais aos acusados como, por exemplo, “confessando” a despeito de ele ser inocente; a condenação ou por meio da imposição de sanções desproporcionais à natureza do crime (sem julgamento) e, ainda, a possibilidade de advogados manterem uma estreita relação com o MP e manipularem os seus clientes a realizar o acordo, independentemente da sua conveniência¹⁵⁶.

Não se olvida que o instituto da transação penal suscita, ainda hoje, passado um quarto de século desde sua introdução, uma série de discussões, ele pode servir de base à compreensão do denominado acordo de não persecução introduzido pela Lei nº 13.964/2019. Outrossim, não se deixa de reconhecer que há autores que seguiram advogando a transação penal como um direito subjetivo do autor do fato:

Desde que presentes as condições da transação, o Ministério Público está obrigado a fazer a proposta ao autuado. A expressão, hoje, tem o sentido de dever. Presentes suas condições, a transação impeditiva do processo é um direito penal público subjetivo de liberdade do autuado, obrigando o Ministério Público à sua proposição. No sentido de que se trata de um direito do autor do fato. Caso o Ministério Público não proponha transação ou se recuse a fazê-lo, deve fundamentar a negativa.¹⁵⁷

¹⁵⁵CHEMIM, Vera. *Plea bargaining: a sinalização para a convergência dos sistemas "common law" e "civil law"*. Migalhas, 23 set. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294885,51045-1> Plea+bargaining+a+sinalizacao+para+a+convergencia+dos+systemas+common. Acesso em: 20 set. 2019.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos JECRIM*. 4. ed. revista e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76.

Porém, é preciso ponderar que existe um espaço de discricionariedade dentro do qual cabe ao membro do Ministério Público decidir sobre a conveniência da transação penal:

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.

A deliberação quanto a ser necessária e suficiente a proposta de transação penal é espaço destinado à independência funcional do membro do Ministério Público e, em caso de divergência por parte do Juiz, incumbe-lhe aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal submetendo o feito à instância revisional. Contudo, se mantido o posicionamento do membro da instância original, o processo terá seu curso. Por essa razão é que, apesar de todo o desenvolvimento teórico em torno da tese do direito subjetivo, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou pela inexistência de direito subjetivo do réu¹⁵⁸. Frise-se, aliás, que esse entendimento parece ser o que melhor se coaduna com a ideia de negócio processual, pois se existe um direito subjetivo ao acordo (transação penal) não é sequer necessário o Parquet para viabilizar a avença. Sua recusa se resolve pelo provimento judicial operando-se uma clara substituição do titular da ação penal pelo Juiz da causa.

É preciso ter em conta a proximidade da transação penal com outra forma de acordo introduzido pela Lei nº. 9.099/95, a suspensão condicional do processo (art. 89). Neste instituto o legislador fez referência, tal e qual na transação penal, ao preenchimento, segundo a análise do membro do Ministério Público, de requisitos pertinentes à adequação da medida:

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

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 147251 / BA*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. T6, DJe, 17 set. 2012.

A referência aos requisitos do *sursis* apontam para tal valoração consoante art. 77, II do Código Penal:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

É por tais razões que, embora não possa ser arbitrária a recusa por parte do membro do MP, incumbe-lhe analisar a adequação do benefício ao caso concreto e não simplesmente automatizar sua aplicação numa perspectiva generalizante em tudo inadequada para a questão criminal. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal rechaçou a existência de direito subjetivo à suspensão condicional do processo:

Habeas corpus. Penal. Condenação pelos crimes de lesão corporal (CP, art. 129) e desacato (CP, art. 331). Dosimetria de pena. Fixação da pena-base do crime de desacato acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Alegado *bis in idem*. Não ocorrência. Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Não cabimento. Fundamentada recusa do Ministério Público em propor o benefício. Aceitação da recusa pela autoridade judicial. Possibilidade. Precedentes. Natureza de transação processual da suspensão condicional do processo. Inexistência de direito público subjetivo à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95. Precedentes. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. [...] 5. Quanto à pretendida concessão da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), anoto que a jurisprudência da Corte já decidiu que o benefício não é cabível se o Ministério Público, de forma devidamente fundamentada, como no caso, deixa de propô-la e o Juiz concorda com a recusa (HC nº 89.842/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 15/9/06). Desse entendimento, não dissenti o aresto ora questionado. 6. É pertinente se destacar que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existindo, portanto, direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95 (HC nº 83.458BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 6/2/03; HC nº 101.369/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 28/11/11). 7. Ordem denegada. ¹⁵⁹

Cumprе salientar que a ampliação do rol de infrações de menor potencial ofensivo por força da Lei nº. 10.259/2001 foi objeto de aguda crítica da doutrina por seu aparente maltrato à teoria do bem jurídico:

¹⁵⁹BRASIL. Superior Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 129346. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 05 abr 2016, processo eletrônico DJe-094, 11 maio 2016.

De pronto, da simples leitura dos dispositivos previstos nas Lei 9.099 (art. 61) e 10.259 (art. 2º, par. único) exsurge, perigosamente, o aniquilamento (canto de cisne) da teoria do bem jurídico, uma vez que, ao estabelecer como tabula rasa que são passíveis de transação penal – porque incluídos fictamente no rol de infrações de menor potencial ofensivo – todos os crimes a que lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos -, o legislador tratou isonomicamente bens jurídicos absolutamente discrepantes entre si, como o patrimônio individual, o patrimônio público, o patrimônio social (direitos de segunda geração), o meio-ambiente (direitos de terceira geração), a moralidade pública, a honra, etc. Isto para dizer o mínimo! Para se ter uma idéia, veja-se o extenso rol de delitos que hoje passaram a ser epitetados como “infrações de menor potencial ofensivo” (são mais cinqüenta e seis figuras típicas do Código Penal e mais catorze delitos previstos em leis especiais que se agregam às dezenas de infrações já enquadradas na Lei 9.099). Situações como essa, criada pela lei n. 10.259/2001, revelam o momento de crise pelo qual passa a teoria do bem jurídico. Há uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito, a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, os quais defendem a função limitadora do conceito, e aqueles de orientação comunitarista-garantista, cuja posição quanto à funcionalidade desta instituição jurídica assenta-se numa concepção organizativa, interventiva e transformadora da realidade social. Esta contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela desta natureza.¹⁶⁰

Tal crítica não pode ser ignorada dentro do quadro axiológico em que a introdução do acordo de não persecução se fez, pois quase a totalidade dos delitos do colarinho branco (corrupção, crimes financeiros, crimes contra o consumidor, crimes fiscais, crimes contra a administração pública em geral) passam a contar com a possibilidade do acordo de não persecução em casos onde sequer era possível, antes da aprovação da Lei nº. 13964/2019, uma suspensão condicional do processo.

3.3. O Acordo de Não Persecução (PL 882/2019) e *plea bargain*: A proposta, a crítica e o resultado

No Brasil, a barganha que fora proposta pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, se limitaria ao *sentencing bargain*, ou seja, a negociação quanto ao montante da pena ou o regime de seu cumprimento. Explicado o conceito de *plea bargain* e sua delimitação ao modelo à brasileira, vejamos como se encontrava previsto no Projeto de Lei Anticrime (PL – 882/2019), que neste ponto alteraria o Código de Processo Penal, inserindo o artigo 395-

¹⁶⁰STRECK, Lenio Luiz. Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. *Caderno Jurídico: ESMP*, a. 2, n. 5, out. 2002. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal. Pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

A¹⁶¹:

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

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

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

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

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

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

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

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

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

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

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

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

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

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.¹⁶²

Isso significa dizer que todo o Processo Penal passaria a ter uma lógica não mais de litígio, mas sim de consenso, mudando drasticamente a matriz do *civil law* a qual o Brasil aderiu.¹⁶³

¹⁶¹FARACO NETO, P.; SANTOS, D. P.; LOPES, V. B. A (im)possibilidade de aplicação do sistema Plea Bargain no processo penal Brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais UNIPAR*, Umuarama. v. 22, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/viewFile/7859/3874>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁶²BRASIL. *Projeto de Lei n° 882*, de 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁶³ FARACO NETO; SANTOS; LOPES, op. cit., p. 1-22.

Segundo a Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei nº 882/2019, de iniciativa do Poder Executivo, o objetivo foi introduzir a figura do *whistleblower* ou “informante do bem”. Isso porque a produção de provas assumiu feição totalmente diversa de tempos recentes, não sendo mais possível contar, salvo casos excepcionais, com testemunhas do fato, eis que elas se sentem amedrontadas e se recusam a depor. Nesse particular, “ao contrário da colaboração premiada, o enunciante não está envolvido em nenhum crime, deseja apenas auxiliar o Poder Público.”¹⁶⁴

Além disso, o Projeto de Lei nº 882/2019 trazia a proposta de alteração do tratamento dispensado aos excessos nas excludentes de ilicitude: Em caso de medo, surpresa ou violenta emoção, poderá o juiz diminuir ou isentar de pena o agente.

Tal proposta angariou críticas ferrenhas, tendo em vista que não considerava o impacto de tal alteração legislativa nos processos, mormente nos que apuram feminicídios. Por tal razão, a pesquisadora Cristiane Brandão Augusto trouxe à baila a discussão dos efeitos sociojurídicos das modificações propostas, em uma perspectiva de gênero, asseverando que:

Tal proposição não considera o impacto desta eventual alteração legislativa nos processos que apuram mortes violentas de mulheres. Se temos que “*crimes passionais*” são interpretações rotineiras no sistema penal – constatações advindas de pesquisa de campo realizada pela autora –, não é de menos suspeitar que hipóteses de legítima defesa excessiva, por violenta emoção, estarão sujeitas à condescendência absolutória. O objetivo do presente texto é, portanto, contribuir com elementos para um debate mais aprofundado acerca dos efeitos sociojurídicos das modificações propostas, em uma perspectiva de gênero.¹⁶⁵

Além de tais questionamentos, assim como ocorreu com outros institutos de negociação penal oriundos da *common law* ao serem transportados para o Direito Brasileiro, a *plea bargain*, conforme constante do Projeto de Lei nº 882/2019, trouxe diversas indagações sobre sua constitucionalidade.

Assevera-se, entretanto, não ser tais dúvidas com relação a constitucionalidade do instituto, privilégio do doutrinador brasileiro, pois são também objeto de acalorado debate no Direito norte- americano.

Neste diapasão, as principais críticas dos doutrinadores estadunidenses são: (a) réus

¹⁶⁴ BRASIL. Subchefia de Assuntos Parlamentares. *Exposição de Motivos nº 00014/2019-MJSP*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 15 mar. 2020.

¹⁶⁵ BRANDÃO AUGUSTO, Cristiane. PL 882/2019: um projeto feminicida. *Revista Direito Público*, Brasília-DF, v. 16, n. 89, p. 86-102, set-out 2019.

pobres não teriam condições de arcar com bom advogado para fazer acordo justo; (b) a acusação poderia ameaçar com imputações desproporcionalmente graves para coagir a defesa a um acordo ruim; (c) o modelo afastaria a população do Judiciário.

Tais críticas já são de conhecimento da Suprema Corte norte-americana, a qual tem recomendado cautela às autoridades, sem, no entanto, vedar o seu uso.

As condenações injustas, acusados mal defendidos, denúncias ineptas e outros vícios já são parte da realidade brasileira e a importação deste instituto, por si só, não teria o poder de trazer um mal maior.

Na verdade, o que a introdução dessa inovação em termos de política criminal almeja é solucionar outro mal crônico: o altíssimo custo público e social com um número excessivo de processos.¹⁶⁶

Segundo pesquisa do CNJ, o Poder Judiciário brasileiro teve taxa anual de cerca de 4% de crescimento desde 2011, sendo que, em 2017, custou mais de R\$ 90 bilhões. Boa parte desse custo advém dos mais de 80 milhões de processos atualmente em trâmite e sem perspectiva clara de encerramento. Deles, 94% estão em 1º grau, precisamente a instância em que ocorreria o acordo.¹⁶⁷

Na concepção atual do Direito Penal, inscrito no Estado Democrático de Direito e comprometido com os valores fundamentais da pessoa humana, não há como negar que os princípios de um Direito Penal garantista estão, de uma forma implícita ou explícita, assegurados na Constituição da República.

Contudo, em que pese o garantismo que prevalece hoje no Direito Penal, a aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais no sistema penitenciário, na Ação Direta de Preceito Fundamental nº 347/DF, revela a falência da criminalização secundária no Brasil. No ativismo dialógico, os três poderes, a sociedade civil, juristas e organizações sociais são chamadas para colaborar e contribuir no desenho da política criminal¹⁶⁸.

Neste contexto de caos generalizado na sociedade, propostas de mudança no Direito Penal vigente são apresentadas no Congresso Nacional. Entre elas o Projeto de Lei Anticrimes, propôs a alteração da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas),

¹⁶⁶DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. *Coletânea de Artigos do IBCCRIM, Boletim*, n. 318. maio 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro. Acesso em: 20 jul 2020.

¹⁶⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Brasília: CNJ, 2018, p. 56-73. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 jul 2020.

¹⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347 MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário Oficial da União*, Info 798, 14 set. 2015.

em seu artigo 1º, § 1º para incluir o inciso III, e abranger facção criminosa e milícia no conceito de organização criminosa. Além disso, fixa um rol de atividades típicas de organizações criminosas¹⁶⁹.

A colaboração premiada regulamentada pelas alterações na Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/13) é um instrumento importante no combate ao crime, pois, por meio do colaborador, legalmente, são alcançados outros infratores delatados.¹⁷⁰

Alguns juristas e doutrinadores, como Juliana Patrício da Paixão e Taiguara Libano Soares e Souza afirmam que tal dispositivo viola os princípios da legalidade, da taxatividade e da culpabilidade na responsabilidade penal subjetiva. Acarretando o recrudescimento da criminalização primária sem desenvolver estratégias de superação do Estado de Coisas Inconstitucionais na criminalização secundária¹⁷¹.

Todavia, ousa-se discordar de tal entendimento. Em que pese tal dispositivo permitir uma ampla discricionariedade interpretativa por parte do magistrado, tendo em vista os termos considerados vagos por estas doutrinadoras, cito: “controle de atividade criminal” e “controle de atividade econômica”, entende-se que estes conceitos podem ser objeto de interpretação teleológica e ser aplicado pelo julgador o conceito presente no Direito Penal para crime¹⁷²(artigo 1º do Código Penal), para identificar a definição de atividade criminal e o conceito presente no Direito Financeiro quanto atividade econômica¹⁷³.

Do mesmo modo, no que tange a introdução do instituto da *plea bargain* no Brasil, qualquer inconstitucionalidade pode ser solucionada seja por meio de interpretação teleológica ou por meio da ponderação de princípios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal ao analisar pela primeira vez no Superior Tribunal de Justiça uma alegação de nulidade por violação do parágrafo 2º do artigo 489 do Código de

¹⁶⁹CAMPOS, Gabriel Silveira de Quéiroz. Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis: Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, p. 1-26. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

¹⁷⁰Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

¹⁷¹A criminalização primária diz respeito ao poder de criar a lei penal e introduzir no ordenamento jurídico a tipificação criminal de determinada conduta. A criminalização secundária, por sua vez, atrela-se ao poder estatal para aplicar a lei penal introduzida no ordenamento com a finalidade de coibir determinados comportamentos antissociais.

¹⁷²A atividade econômica gera riqueza mediante a extração, transformação e distribuição de recursos naturais, bens e serviços, tendo como finalidade a satisfação de necessidades humanas, como educação, alimentação, segurança, entre outros.

¹⁷³CONJUR. STJ fixa parâmetros para analisar ponderação de princípios no CPC/2015. *Consultor Jurídico*, 27 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-27/stj-fixa-parametros-analisar-ponderacao-principios-cpc>. Acesso em: 20 set. 2019.

Processo Civil de 2015, a 3ª Turma fixou uma série de parâmetros para a análise da fundamentação da decisão recorrida quanto à exigência de ponderação entre normas ou princípios jurídicos em colisão.¹⁷⁴

De acordo com o ministro Villas Bôas Cueva, relator do caso julgado, a nulidade da decisão por violação daquele dispositivo só deve ser declarada:

na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador¹⁷⁵.

Em seu voto, o ministro Villas Bôas Cueva destacou que se trata de caso peculiar, já que a reforma do CPC incluiu um rol de novos artigos destinados a orientar os juízes sobre como proceder diante de colisão entre normas¹⁷⁶, garantindo assim meios para que a interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva, conforme o artigo 93, IX, da Constituição Federal¹⁷⁷.

Assim, tendo em vista a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Direito Processual Penal e aplicação do Art. 4º da Lei nº 4.657/42177¹⁷⁸, e o fato de que quando se está diante de um conflito entre valores constitucionais, existir a possibilidade, para solucionar tal conflito dentro de um caso concreto, de se utilizar o critério de ponderação de valores constitucionais, entende-se pela constitucionalidade do instituto.

Saliente-se que o direito internacional recomenda o *plea bargain*: art. 37 da Convenção da ONU de 2003, por exemplo, incentiva o uso de ferramentas adequadas à negociação entre as partes, quando há a disposição de se colaborar com a investigação do delito.

Geraldo Brindeiro afirma que:

A Suprema Corte dos EUA tem repetidamente rejeitado argumentos sobre a inconstitucionalidade do *plea bargain agreement*, desde o leading case *Brady x United States* (397 U.S. 742, 1970). Só observa que os acordos devem ser voluntários e os acusados, saber de suas consequências (*McCarthy x. United States*, 394 U.S. 459, 1969). E, recentemente, reconheceu que o investigado tem legítimo

¹⁷⁴Ibidem.

¹⁷⁵Ibidem

¹⁷⁶Tais como artigo 10, 11, 489 §1º e 927.

¹⁷⁷Ibidem

¹⁷⁸ Art. 4º da Lei nº 4.657/42 – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”

interesse, protegido pela Constituição, na delação premiada proposta pelo procurador ou promotor (prosecutor), que poderia aceitar, se o seu advogado não o informou ou deu orientação incompetente (Lafler x Cooper, 132 S.Ct. 1376, 2012; e Missouri x Frye, 132 S.Ct. 1399, 2012).¹⁷⁹

Em que pese as críticas e a discussão em torno da constitucionalidade do Projeto de Lei apresentado ao Congresso Nacional, este após alterações, deu origem a Lei nº 13.964/19, que entrou em vigor em janeiro de 2020, promovendo ampla reforma da legislação penal e processual penal brasileira, nela incluída a execução penal. O propósito geral foi o de aperfeiçoar o nosso ordenamento jurídico trazendo normas adequadas sobre os mecanismos de proteção ao informante, no que pertine ao risco de retaliações ou vendetas.¹⁸⁰

Saliente-se que já está sendo utilizado pelo Ministério Público Federal em diversas Secções comunidade e reparação do dano à vítima¹⁸¹.

Além do benefício social, pode-se mencionar que indiscutivelmente, a grande vantagem do *plea bargain* é o esvaziamento dos fóruns criminais e dos tribunais superiores. A percentagem de processos criminais que terminam em “pizza” jurídica — ou em acordo — depende da fonte de informação e do entusiasmo dos defensores do sistema. Uns dizem que 90%, outros que 95%, e outros que 98% dos casos são encerrados com o acordo. Por outro viés, diz-se que apenas 10% ou 5% ou 2% dos casos criminais vão a julgamento nos EUA. A proporção 95%/5% é a mais popular.¹⁸²

Com a promulgação da Lei nº 13.964/19, o acordo de não persecução penal passa a integrar efetivamente o ordenamento jurídico brasileiro, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e ampliando sobremaneira as hipóteses em que o investigado - antes do oferecimento da denúncia - pode celebrar acordo com o Ministério Público¹⁸³.

Apesar de, no âmbito criminal, a cultura jurídica do consenso ainda se mostrar incipiente, a expansão dos mecanismos alternativos de solução de conflitos indica, sobretudo, o fortalecimento da justiça penal negocial no Brasil, que promete – ao menos em tese – desafogar o judiciário e aprimorar o sistema punitivo brasileiro. Em suma, pretende-

¹⁷⁹ Ibidem, p. 23.

¹⁸⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Informante do bem: ensaio sobre o whistle blower na atualidade. In: GUEIROS, Artur de Brito Souza; MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei (coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Eduardo Japiassú*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 46-47.

¹⁸¹ Sistema único MPF.

¹⁸² MELO, João Ozorio de. Faca de dois gumes: funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. *Consultor Jurídico*, 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua#:~:text=No%20julgamento%20de%20um%20acidente,sem%20admiss%C3%A3o%20de%20responsabilidade%20civil>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁸³ CUNHA, Rogerio Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 20-45.

se a quebra da dualidade da função da pena, incluindo a reparação do dano como uma nova possibilidade.¹⁸⁴

Com a inclusão do art. 28-A no Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal (ANPP) ganhou novos contornos. Em termos literais, não sendo o 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.¹⁸⁵

A inviabilidade do arquivamento da investigação é premissa básica sobre a qual se fundamenta o acordo. Neste sentido, esclarece-se por oportuno, que devem existir indícios mínimos de autoria e materialidade aptos a ensejar ação penal, bem como estarem ausentes causas de atipicidade ou excludentes de ilicitude e culpabilidade.¹⁸⁶

Em que pese o caráter inovador da medida, não se pode admitir que a propositura do acordo despenalizador seja reduzida a uma mera etapa pré-processual operada em automático, sob pena de prejudicar drasticamente a primordial análise acerca da existência ou não de condições para o oferecimento de denúncia¹⁸⁷.

Isto porque, em não havendo justa causa para a ação penal, o arquivamento é medida que se impõe. Em outras palavras, é pressuposto do acordo que, antes mesmo de sua propositura, o Ministério Público já tenha concluído pela presença de conteúdo probatório suficiente para amparar o oferecimento de denúncia. Todavia, exercendo sua discricionariedade enquanto titular da ação penal, proceda à formalização do ANPP, situação mais benéfica para o agente.¹⁸⁸

Além disso, a lei traz disposição de constitucionalidade bastante questionável,

¹⁸⁴LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 285-310.

¹⁸⁵No estado de Goiás, o MPF assinou seu primeiro acordo de não persecução cível e criminal com base na lei "anticrime" nesta terça-feira (28/01). O trato foi firmado com um ex-diretor de escola da rede pública estadual que confessou ter se apropriado de R\$ 53.503,20 repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), em 2013 e 2014.

Pelo acordo com o MPF-GO, o ex-diretor de escola não será processado nem civil e nem criminalmente. Contudo, o réu terá que restituir R\$ 82.568,80 (valor atualizado do prejuízo) em 48 parcelas mensais, atualizadas pela taxa Selic. Ele ainda terá que prestar 730 horas de serviços à comunidade, pagar multa equivalente a um salário-mínimo e não poderá ocupar cargo público — inclusive mandato eletivo — por oito anos (CONJUR. Novo artigo 28-A, do CPP, fundamenta acordos em várias regiões do país. *Consultor Jurídico*, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/acordos-nao-persecucao-penal-sao-firmados-pais> Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁸⁶ ANJOS, Fernando Vernice dos. (org.). *Teses criminais para o Ministério Público*. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2018.

¹⁸⁷ PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2008, p. 122.

¹⁸⁸ Ibidem.

mormente se considerado o princípio da presunção de inocência que vige no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é requisito autorizador do acordo a confissão formal da prática do crime pelo investigado. Ora, se não há persecução penal – e, por conseguinte, devido processo legal – não é justificável exigir do investigado a assunção prévia da responsabilidade criminal para fins de negócio jurídico processual.¹⁸⁹

No que tange às condições para celebração do acordo, a lei diz que podem ser estipuladas as seguintes: I) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto se impossível fazê-lo; II) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III) prestação de serviços à comunidade ou entidade pública; IV) pagamento de prestação pecuniária e V) outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.¹⁹⁰

Aqui, percebe-se que a lei concedeu ampla liberdade ao Ministério Público no que concerne ao estabelecimento das condições para realização do acordo, notadamente em razão da cláusula aberta constante do inciso V do art. 28-A, *caput*, o que exigirá postura ativa dos causídicos e do próprio judiciário, que procederá à homologação do ajuste, no sentido de impedir eventuais excessos e abusos.¹⁹¹

Ademais disso, não obstante a estipulação de pena mínima inferior a quatro anos para fins de cabimento, que permite ao instituto alcançar um arcabouço considerável de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, a lei trouxe expressamente as hipóteses de sua inaplicabilidade. A primeira delas refere-se aos casos em que é admitida a transação penal, que, por se destinar aos crimes de menor potencial ofensivo e impor condições menos gravosas, tem aplicação preferencial.¹⁹²

Da mesma maneira, não se admitirá a formalização do acordo caso o investigado ostente a condição de reincidente ou “criminoso habitual” -¹⁹³ seja lá o que isso quer dizer. Afora a imprecisão técnica do termo, fato é que, no Estado Democrático de Direito,

¹⁸⁹TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Madri: Marcia Pons, 2016, p. 101.

¹⁹⁰POLASTRI, Marcellus. *O chamado acordo de não persecução penal: uma tentativa de adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública*. *GENJURÍDICO*, 5 abr. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adoacao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica>. Acesso em: 2 nov. 2019.

¹⁹¹Ibidem.

¹⁹²DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. *Comentários a Lei nº 13.431/17*. Curitiba: MP-PR, 2018. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em: 2 nov. 2019.

¹⁹³RODRIGUES, Rodrigo Alves. Principais aspectos do acordo de não persecução penal. *Âmbito Jurídico*, 1 jul. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/principais-aspectos-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

inquéritos policiais em andamento e ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, razão pela qual eventual recusa ministerial com base nesse aspecto subjetivo não encontrará respaldo legal.

Ressalte-se que o fato de o investigado ter sido beneficiado no quinquênio anterior ao cometimento da infração por algum outro instituto despenalizador, ou, ainda, ter sido o crime cometido no contexto de violência doméstica ou familiar, inviabiliza a realização de acordo de não persecução penal. Essa última disposição está em consonância com o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à inaplicabilidade da suspensão condicional do processo e da transação penal aos delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.¹⁹⁴

A Lei nº 13.964/19 não impõe limitação de natureza econômica, diferentemente da resolução 181/17 do CNMP, que trazia expressamente a impossibilidade de celebração do acordo quando o dano causado fosse superior a vinte salários mínimos¹⁹⁵.

Após a fase de formalização entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, o acordo de não persecução penal segue para a etapa judicial, onde será realizada audiência para homologação do ajuste. Nesta fase, a lei atribui ao juízo – de forma altamente discricionária, é bom ressaltar – a incumbência de analisar a voluntariedade e legalidade do acordo, bem como a adequação das condições propostas pelo órgão ministerial.

Para fins de análise da voluntariedade, a lei trouxe baliza objetiva, qual seja, oitiva do investigado em audiência. Em relação à legalidade, porém, o legislador não estipulou critério de mensuração, o que faz presumir que o juízo deve restringir-se à verificação da natureza do delito, pena cominada, perfil do investigado e adequação do acordo às condições previstas nos incisos I a V do *caput* do art. 28-A, a fim de que não seja criado ambiente de insegurança jurídica.

Caso alguma das cláusulas seja considerada abusiva ou insuficiente, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para reformulação, sob pena de recusa à homologação pelo órgão jurisdicional. Em face da decisão que recusar a homologação, caberá recurso em

¹⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 536* - A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. Terceira Seção, julgado em 10/06/2015, DJe, 15 jun. 2015.

¹⁹⁵CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução decide casos em que o MP pode propor acordos de não-persecução penal*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10941-resolucao-decide-casos-em-que-o-mp-pode-propor-acordos-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

sentido estrito, nos termos do art. 581, XXV, do CPP.¹⁹⁶

Conforme a previsão legal, se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao MP para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. Tal possibilidade abre brecha para debates, conforme esposado por Figueiredo & Velloso Advogados:

Há permissão para que o juiz amplie a sanção penal em momento incipiente da persecução penal, violando-se o sistema acusatório que impõe a divisão das funções de acusar e julgar. Ora, de fato cabe ao julgador controlar cláusulas abusivas, mas não considerar a sanção imposta insuficiente e demandar sanção mais grave – o juiz de garantias é justamente uma garantia, e estas militam em favor do garantido, jamais contra ele.¹⁹⁷

Em havendo a homologação judicial, caberá ao Ministério Público proceder à execução do acordo perante o juízo da execução penal, o que deve ampliar profundamente a já sobrecarregada atuação das varas de execução criminal. Outrossim, com a homologação do acordo de não persecução penal, sua celebração e cumprimento não constarão em certidão de antecedentes criminais, salvo para obstar idêntico benefício no prazo de cinco anos.

Na hipótese de o investigado descumprir quaisquer das condições estipuladas, a lei dispõe que o Ministério Público deverá comunicar ao Juízo para fins de rescisão e posterior oferecimento de denúncia. Não obstante a grave omissão do legislador a respeito de como se procederá a rescisão aludida, é inconteste que, em virtude dos princípios do contraditório e ampla defesa, não poderá ocorrer sumariamente, sendo estritamente necessário oportunizar ao investigado manifestar-se previamente à decisão.

Em mais um aspecto relevante, a lei enuncia que a vítima será intimada tanto da homologação do acordo quanto de seu eventual descumprimento, o que destaca o atual e crescente papel da vítima na implementação de institutos penais e processuais penais, movimento denominado pela doutrina de “privatização” do direito penal.

Por fim, havendo o cumprimento integral do acordo de não persecução penal, será decretada a extinção da punibilidade do investigado, fazendo com que o Estado não possa mais instaurar ação penal em seu desfavor ou mesmo aplicar-lhe a sanção cominada ao delito.

Sem pretensões de esgotar o tema, que ainda demandará significativas reflexões por

¹⁹⁶FIGUEIREDO & VELLOSO ADVOGADOS ASSOCIADOS. Relatório – Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”). *Migalhas*, jan. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/1533F750ECA4DC_estudo.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁹⁷ *Ibidem*

parte da comunidade jurídica, é possível concluir que a correta implementação do acordo de não persecução penal no ordenamento brasileiro tende a enfrentar inúmeros percalços decorrentes dos pontos omissos – e, também, controvertidos – da legislação, notadamente porque a inserção desse instituto de direito penal negocial altera profundamente o sistema processual penal.

Ademais disso, seja pela ampla discricionariedade atribuída ao Ministério Público em relação à propositura do acordo, seja pela ausência de balizas objetivas no sentido de orientar a análise da legalidade pelo judiciário, possíveis dificuldades de ordem prática reivindicarão apreciação – e pacificação – pelos Tribunais Superiores.

De todo modo, é inquestionável que, de agora em diante, o acordo de não persecução penal (ANPP) passa a integrar efetivamente o rol de estratégias defensivas, apresentando-se como instrumento despenalizador legítimo, que deve ser utilizado com a devida cautela pelos operadores do direito, de modo a resultar, invariavelmente, em situação mais favorável ao investigado, sob pena de desvirtuamento da finalidade do instituto.

3.3.1. Decisões no âmbito da Justiça negocial no Brasil

Em agosto de 2019, foi prolatada decisão pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região no processo MS nº 0804975-89.2019.4.05.0000, em que, de forma unânime, foi deferido o Mandado de Segurança concedendo a ordem para assegurar que seja apreciado o Acordo de Não Persecução Penal-ANPP apresentado pelo MPF perante o Juízo impetrado¹⁹⁸.

Na decisão também ficou consignado que a Resolução nº 181/2017, do CNMP, e o acordo de não persecução penal são harmônicos com os ditames da justiça e da sociedade moderna, com o movimento que visa a descarcerização e, sobretudo, com os princípios da celeridade e da economia processual, constitucionalmente consagrados.¹⁹⁹

Mais recentemente, especificamente na segunda semana de maio de 2020, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) proferiu, as primeiras decisões judiciais no âmbito da corte que envolvem a proposição de Acordos de Não Persecução Penal (ANPP)

¹⁹⁸ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. TRF4 profere primeiras decisões no âmbito da sua jurisdição sobre a possibilidade de Acordo de Não Persecução Penal em ações criminais. *AJUFE: Notícias*, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/13878-trf4-profere-primeiras-decisoes-no-ambito-da-sua-jurisdicao-sobre-a-possibilidade-de-acordo-de-nao-persecucao-penal-em-aco-es-criminais>. Acesso em: 25 de ago. 2020.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *MS: 0804975-89.2019.4.05.0000*. Relator: Des(a) Federal Paulo Roberto De Oliveira Lima. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/> Acesso em: 20 ago. 2020.

entre o Ministério Público Federal (MPF) e a defesa de réus em processos criminais. As decisões foram da 8ª Turma do tribunal em dois recursos analisados na sessão de julgamento virtual do colegiado encerrada no dia 13/5.²⁰⁰

O primeiro caso, o MPF ofereceu denúncia, em agosto de 2017, contra um homem de 37 anos, residente de Viamão (RS), pela prática do crime de adquirir, guardar e introduzir em circulação moeda falsa, previsto no artigo 289, parágrafo 1º, do Código Penal²⁰¹.

De acordo com o MPF, em novembro de 2015, o acusado utilizou oito cédulas falsas, sendo sete delas de R\$ 50,00 e uma de R\$ 100,00, para comprar um aparelho celular. Segundo a acusação, logo após a transação, a vítima percebeu que as notas recebidas não eram verdadeiras e as entregou à Polícia²⁰².

A denúncia foi aceita pelo juízo da 11ª Vara Federal de Porto Alegre, tornando o acusado réu em ação penal. Após ter ocorrido o seu trâmite, o processo ficou concluso para a sentença em novembro de 2019.²⁰³

No entanto, em fevereiro deste ano, o juízo de primeira instância determinou a suspensão do curso do processo para que o MPF e a defesa do réu negociassem a possibilidade de fechar um ANPP²⁰⁴.

O órgão ministerial recorreu dessa decisão ajuizando um recurso de correição parcial ao TRF4.²⁰⁵

O MPF alegou que o ANPP tem aplicabilidade apenas nas situações em que não houve propositura da ação penal. Ainda defendeu que o instituto foi concebido para a fase pré-processual, sendo que nesse caso, a instrução processual já foi encerrada no ano passado.²⁰⁶

Para o Ministério Público, ao aplicar o ANPP em uma ação penal já iniciada, o magistrado de primeiro grau estabeleceu um procedimento não previsto em lei e causou tumulto processual.²⁰⁷

A 8ª Turma, por unanimidade, negou provimento à correição parcial e manteve a decisão da Justiça Federal gaúcha.

Sobre o acordo, o relator do caso na corte, desembargador federal, João Pedro

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem.

Gebran Neto, considerou que:

não é nova a busca pela efetivação do princípio do direito penal mínimo, reservando o processo penal tradicional para os casos graves. Assim como o fez o Código de Processo Civil em vigor, parece que está chegando o tempo em que o processo penal longo e infrutífero, para questões mais singelas, está também cedendo espaço à composição.²⁰⁸

O magistrado ressaltou que:

apesar de a natureza processual ser a mais notada, não se desapega da norma o seu conteúdo material. A não persecução, por certo, é mais benéfica que uma possível condenação criminal, mesmo quando as penas são substituídas. Dessa maneira, deve ter sua aplicação ampliada sob o prisma do artigo 5º, XL, da Constituição Federal, e deve incidir igualmente aos processos em curso, cabendo ao Estado propiciar ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta pelo cumprimento dos termos convencionados.²⁰⁹

Ao concluir sua manifestação, Gebran Neto destacou que:

não há inversão tumultuária na decisão do magistrado que, no curso do processo, intima o órgão ministerial para que se manifeste expressamente a respeito da possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal. Nessa perspectiva, deve ser improvido o recurso para manter a decisão do juízo de primeiro grau que determinou a abertura de fase para verificar a possibilidade de acordo²¹⁰.

Já no segundo caso, o MPF denunciou, em fevereiro de 2018, um homem de 33 anos de Foz do Iguaçu (PR) pela prática de contrabando de cigarros e por utilizar equipamento de telecomunicações instalado de forma ilegal em automóvel²¹¹.

De acordo com a denúncia, em uma fiscalização de rotina em dezembro de 2017 realizada pela Polícia Rodoviária Federal (PRF) na cidade de São Luiz do Purunã (PR), os agentes encontraram diversas caixas de cigarros estrangeiros contrabandeados no banco

²⁰⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. MS: 5009312-62.2020.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acaoconsulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=FbEC&hdnRefId=1659914dc2986fc40c08b3214ca77ef3&selForma=NU&txtValor=50093126220204040000&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspates=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras. Acesso em: 26 ago. 2020.

²⁰⁹ Ibidem

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. MS: 5005673-56.2018.4.04.7000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=XGnYhdnRefId=63633088fd1bfd14175b4f1f847eaf2a&selForma=NU&txtValor=50056735620184047000&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspates=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras. Acesso em: 25 ago. 2020.

traseiro e no porta- malas do veículo conduzido pelo acusado²¹².

O carro foi apreendido e vistoriado, sendo encontrado também um transceptor instalado no automóvel de forma dissimulada, sem certificação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).²¹³

O juízo da 14ª Vara Federal de Curitiba recebeu a denúncia e, em outubro do ano passado, o réu foi condenado a uma pena privativa de liberdade de três anos e seis meses de reclusão, em regime inicial aberto, que foi substituída por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação pecuniária e de prestação de serviços à comunidade²¹⁴.

A defesa dele recorreu da sentença, interpondo apelação junto ao TRF4.

No recurso, o advogado requereu a anulação da sentença porque não teria ocorrido no processo o oferecimento ao réu, por parte do MPF, do ANPP, conforme determina a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.¹

A 8ª Turma, por maioria, negou a anulação, mas decidiu suspender o processo e a prescrição da pretensão punitiva, ordenando que a ação seja remetida ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do ANPP.²¹⁵

Para o relator do caso, desembargador Gebran Neto:

por não se tratar de norma penal em sentido estrito, a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público não fixa normas penais, mas, apenas, procedimentos internos, pelo que não se há de falar em nulidade da ação penal em face da sua não observância previamente à propositura da ação penal.²¹⁶

Ao analisar a possibilidade de acordo nesse processo, o magistrado apontou que:

o acordo de não persecução penal consiste em norma penal que tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida em que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento.²¹⁷

Ele também apontou que, por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal.

Gebran ressaltou que é permitido ao tribunal:

examinar a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Ibidem.

acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal.

Em seu voto, o desembargador afirmou que:

presentes os requisitos objetivos para o ANPP, não vejo óbice à abertura de fase para verificação de proposta de acordo de não persecução penal mesmo após o processo iniciado, ainda que em grau de recurso. Tem-se como solução adequada a suspensão do feito com baixa em diligência ao primeiro grau para as providências cabíveis, com o exame do cabimento e eventual acordo entre as partes.

3.3.2. Acordo de Não Persecução e fatos anteriores à lei: A problemática questão temporal

Muitos debates estão surgindo novamente a respeito da nova regra referente ao Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, introduzido ao ordenamento jurídico no art. 28-A, CPP, pela Lei nº 13.964/2019, notadamente quanto à sua aplicabilidade (ou não) de forma retroativa.

Admitir a aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em andamento, sob o (fácil) escudo geral de que consistiria providência “mais benéfica ao infrator”, configura uma criação com base isolada em um princípio apenas (da retroatividade), em desacordo também com a interpretação que entendemos correta e, segundo vemos, já conferida pelo STF em situações análogas, como foi em face de debates travados com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95²¹⁸.

Mais que isso: se a questão se limitasse a sustentar que a regra seria (só) penalmente mais benéfica, implicaria, necessariamente, que se abrisse a possibilidade de acordo aos casos com sentença já transitada em julgado, pois traria em seu bojo a possibilidade de ajuste de uma pena mais favorável à que prevista em abstrato ou então aplicada pelo juízo criminal. Não esqueçamos que toda regra penal mais benéfica deve retroagir inclusive sobre casos já transitados em julgado. Assim, nessa linha de argumentação, ou ela retroage para todos os casos (absolutamente todos), ou ela é limitada por algum fator objetivo, que, no caso, tem natureza processual penal, que é o recebimento da denúncia²¹⁹.

Contrariando frontalmente a opção do legislador (de verdadeira política criminal), a “escolha” de outro marcos de incidência do ANPP como até o início da instrução, até a sentença, até a condenação em segundo grau, até o trânsito em julgado ou qualquer outro momento

²¹⁸FISHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso. *Meu site jurídico.com*, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

²¹⁹Ibidem

decorreria de mero decisionismo sem qualquer racionalidade à luz do ordenamento jurídico vigente²²⁰.

Saliente-se que o acordo de não persecução penal foi criado para as situações (futuras, a partir da vigência da lei) em que não tenham sido ainda recebidas as denúncias.

Não se trata de regra penal, mas procedimental, sendo bem diversa da situação da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), em que há ajuste para a suspensão do processo (embora não se admita “culpa” para tais fins de suspensão, algo que deverá ser feito para fins do acordo de não persecução penal – o pretense beneficiário precisa confessar a prática da infração penal).

Este inclusive é o entendimento de Eugênio Pacelli a respeito do tema:

[...] A própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita na fase pré-processual, tanto pelo texto da lei (“Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado...”) quanto pela consequência de seu descumprimento ou não homologação (possibilidade de oferecimento de denúncia). Contudo, a lei diz que cabe ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (art. 3º-B, XVII).

Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo.

Assim, concordando o juiz com o pleito, o ideal seria suspender o processo até a questão ser solucionada (com remessa ao órgão superior interno do parquet em caso de discordância, nos termos do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal)²²¹.

Contrariando frontalmente a opção do legislador (de verdadeira política criminal), a “escolha” de outros marcos de incidência do ANPP como até o início da instrução, até a sentença, até a condenação em segundo grau, até o trânsito em julgado ou qualquer outro momento decorreria de mero decisionismo sem qualquer racionalidade à luz do ordenamento jurídico vigente, de acordo com alguns doutrinadores como Eugênio Pacelli e Douglas Fisher²²².

Assim, restaria inquestionável a retroatividade do ANPP sobre fatos ocorridos

²²⁰ Ibidem.

²²¹ PACHELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 216.

²²² FISHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso. *Meu site jurídico.com*, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

anteriormente à vigência da Lei nº 13.964/2019 (o art. 5º, XL, da CF é claro: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; art. 2º, parágrafo único, Código Penal, idem: lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado)²²³.

Contudo, a condenação não pode representar um impedimento à retroatividade, visto que a mesma restrição não consta dos textos constitucionais e legais, e, portanto, o argumento de que a condenação compromete a finalidade precípua para a qual o instituto do acordo de não persecução penal foi concebido, tão utilizado por estes juristas, não pode prosperar.²²⁴

Nestes termos, em atenção ao art. 28-A do CPP, a defesa deverá requerer – em preliminar da apelação – a conversão do julgamento em diligência. Por sua vez, para os processos com decisão definitiva, os contornos da solução são mais específicos, mas, como bem pontua Paulo Busato, “a garantia da coisa julgada não serve para amparar pretensão punitiva do Estado”²²⁵.

No último contexto se faz necessário separar os condenados ainda em fase de execução penal daqueles que já cumpriram a reprimenda. Aos primeiros, entende-se possível a aplicação por analogia da regra do *caput* do art. 2º do Código Penal e, como tal, em análise hipotética, satisfeitos os requisitos legais, a execução ficaria suspensa e a respectiva pena seria substituída pelas condições ajustadas no acordo que, efetivamente cumpridas, ensejariam a extinção da punibilidade do agente, deixando de acarretar maus antecedentes e de gerar reincidência (ou seja, também cessariam os efeitos penais secundários da condenação)²²⁶. Na eventualidade de o agente descumprir injustificadamente as condições ajustadas, retornaria ao cumprimento do restante da pena que estava suspensa.

Para aqueles que cumpriram totalmente a respectiva pena, a princípio, parece não ter sentido a incidência do acordo, no entanto, tal conclusão seria incorreta, pois é notório que a condenação gera outros efeitos além da primária imposição da pena criminal²²⁷.

Dentre os efeitos secundários se destaca a reincidência e, a partir dela, inúmeras

²²³Ibidem

²²⁴MARTINELLI, João Paulo Orsini. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. *Prerrogativas*, 24 fev. 2020. Disponível em: <https://www.prerrogativas.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²²⁵BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128.

²²⁶MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal: lições fundamentais, parte geral*. 5 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 1253-1264.

²²⁷MARTINELLI, João Paulo Orsini. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. *Prerrogativas*, 24 fev. 2020. Disponível em: <https://www.prerrogativas.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

outras restrições de benefícios, como a definição de um regime de cumprimento de pena menos rigoroso ou a incidência de penas alternativas.

Assim, entende-se que a defesa deve peticionar ao juízo da execução penal requerendo que o órgão de acusação se pronuncie se, à época do fato, o agente preenchia os requisitos previstos em lei (art. 28-A, *caput* e § 2º do CPP) que viabilizariam, neste contexto, a proposição de hipotético acordo.²²⁸ Observe-se que a redação da regra do ANPP encontra uma similitude incrível com a da transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95):

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: [...]

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.

Assim, na hipótese de preencher os requisitos do artigo 28-A §2º do CPP, a retroatividade incidirá justamente para extinguir os efeitos acessórios da condenação (v.g. reincidência). Ao agente, por evidente, não será legítimo impor quaisquer condições, visto que já executou a totalidade da pena, de modo que tal exigência representaria violação gritante ao princípio *ne bis in idem*²²⁹.

Há quem possa argumentar que não seria razoável, e muito menos exequível, que a totalidade das condenações pretéritas tivesse de ser reformada diante da nova legislação que passou a prever a atenuação das conseqüências jurídico-penais por meio do acordo de não persecução. Tal argumento, ainda que consistente, pode ser relativizado, definindo-se uma limitação temporal da retroatividade²³⁰.

A propósito, para obstar um efeito regressivo infinito, o último passo é definir até que momento estaria o Ministério Público obrigado a analisar o eventual preenchimento pelo agente dos requisitos legais do acordo no que se refere às infrações pretéritas²³¹.

Neste aspecto, entende-se que a análise se realizará unicamente nos processos em

²²⁸Ibidem

²²⁹Ibidem

²³⁰CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo: Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 171.

²³¹JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: prêmio de não ser denunciado: Eficácia de arquivamento. *Empório do Direito*, 12 set. 2017. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/acordo-de-cooperacao-premiada-premio-de-nao-ser-denunciado-eficacia-de-arquivamento-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

que a data do cumprimento total da pena ou de sua extinção tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à existência da Lei nº 13.964/2019, de sorte que o quinqüídio corresponderia ao prazo expurgador da reincidência²³².

Como nesse período persistem os efeitos secundários da condenação, é cogente a atuação ministerial por meio do acordo para arrefecer eventuais danos decorrentes de nova prática delitiva. Em síntese, eventual concretização do acordo recobriria o agente de primariedade.²³³

²³² MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal: a definição pela retroatividade configura importante marco, mas a questão requer outros passos. *Jota*, 24 fev. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020 Acesso em: 20 ago. 2020.

²³³ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

Em conclusão, tem-se que, como toda inovação, o acordo de não persecução penal-ANPP introduzido pela Lei nº 13.964/19 vem gerando debates sobre seu procedimento e concreta aplicação. Diante das inúmeras questões tratadas e possíveis embaraços, sobretudo procedimentais, afigura-se inegável reconhecer que a Lei nº 13.964/19 produz imenso impacto no labor ordinário do membro do Ministério Público.

Embora não seja propriamente uma novidade, porquanto já exercida como política criminal por parte dos membros do Ministério Público brasileiro, com amparo na Resolução nº 181/2017 (alterada pela Resolução nº 183/2018), o acordo de não persecução penal inaugura nova realidade no âmbito da persecução criminal, o que certamente exigirá uma mudança comportamental e institucional, com vistas a viabilizar o atendimento da proposta estabelecida em lei.

Neste sentido, não há como negar que esse instituto, inspirado no direito norte americano, naquilo que resta conhecido como *plea bargain*, constitui um marco significativo para o desafogamento do sistema Judiciário e, por conseguinte, para a efetividade da jurisdição penal.

Afinal, a realidade evidencia que o sistema processual brasileiro é disfuncional; a tramitação de processos demora em demasia e há baixa efetividade, havendo grande número de processos que se encerram com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Se é certo que se deve concentrar as energias dos órgãos jurisdicionais na persecução de crimes de maior gravidade, a fim de que sejam finalmente punidos com a efetividade reclamada pela sociedade, tal, deve ocorrer sem menoscabo dos direitos fundamentais.

De qualquer sorte, o benefício despenalizador em debate, conquanto se revele como uma ferramenta indispensável no combate à impunidade, apresenta, até o presente momento, incertezas periféricas, as quais somente serão esclarecidas e sanadas com a sua aplicação em casos concretos..

Contudo, já nota-se que a introdução da Lei nº 13.964/19 trouxe novos e gigantescos desafios ao nosso sistema penal como um todo, tendo aumentado sobremaneira as atribuições do MP, inclusive administrativas (v.g., notificação do investigado, controle de prazo dos autos até o seu comparecimento ou não ao órgão etc.), e exigirá uma estrutura (física e pessoal) à altura, bem como uma mudança de mentalidade de seus membros, se despindo do

hábito acusatório, para uma nova era de negociação;

Conseqüentemente, a Justiça abandonará o processamento longo, custoso e desgastante dessas infrações penais (deixará de ouvir vítima e testemunhas, de interrogar réus, de elaborar sentenças complexas etc.), concentrando seus esforços nos crimes mais graves.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos (org.). *Teses criminais para o Ministério Público*. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2018.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma fundamentação para o Direito Penal*. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALSCHULER, Albert W, *Plea Bargaining and its History*. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, p. 1-43, jan. 1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 20 jul. 2019.

ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e *Plea Bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu; Souza, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2 ed., ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. TRF4 profere primeiras decisões no âmbito da sua jurisdição sobre a possibilidade de Acordo de Não Persecução Penal em ações criminais. *AJUFE: Notícias*, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/13878-trf4-profere-primeiras-decisoes-no-ambito-da-sua-jurisdicao-sobre-a-possibilidade-de-acordo-de-nao-persecucao-penal-em-aco-es-criminais>. Acesso em: 25 ago. 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CIFALI, Ana Cláudia. Seguridad pública, política criminal y penalidade en Brasil durante los gobiernos Lula y Dilma (2003-2014): Cambios y continuidades. In: SOZZO, Maximo (org.). *Postneoliberalismo y penalidade en América del Sur*. Argentina: Clasco, 2016.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S/A, 2010.

BARBOSA FILHO, Milton B. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Scipione. 1993.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 238. No mesmo sentido afirmando que na sociedade primitiva o delinquente era o estranho: SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Pilares, 2013.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the principals of moral and legislation*. New Yorker: Burns and Hart-Oxford. 2005.

BOBBIO, Norberto. Carlo Violi (org.). *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: UNESP, 2006.

BRANDÃO AUGUSTO, Cristiane. PL 882/2019: um projeto feminicida. *Revista Direito Público*, Brasília- DF, v. 16, n. 89, p. 86-102, set-out 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão de Direitos Humanos e Minorias*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em: 8 ago. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Brasília: CNJ, 2018, p. 56-73. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Ipea. *Sobre o déficit de defensores públicos o estudo do Ipea*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>. Acesso em: 08 ago. 2020.

_____. Ipea. *Mapa Defensoria dos Estados*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnos estados>. Acesso em: 08 ago. 2020.

_____. *Lei n° 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. *Lei n° 7492*, de 16 de junho de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. *Lei n° 9099/95*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9099&ano=1995&ato=efcUzaU5UeJpWT3a7>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. *Lei n° 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1030141/lei-12529-11>. Acesso em: 20 jul 2020.

_____. *Lei n° 8884*, de 11 de junho de 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8884-11-junho-1994-349808-norma atualizada-pl.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. *Lei n° 9.7714*, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. *Projeto de Lei do Senado n° 236*, de 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. *Projeto de Lei n° 882*, de 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Subchefia de Assuntos Parlamentares. *Exposição de Motivos n° 00014/2019-MJSP*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 147251 / BA*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. T6, DJe, 17 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 147251/BA*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. T6, DJe, 17 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 37888 / SP*. Relator: Ministro José Arnaldo Da Fonseca. T5, DJ, 08 nov. 2004.

_____. Superior Tribunal Federal. Segunda Turma. *HC n° 129346*. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 05 abr 2016, processo eletrônico DJe-094, 11 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347 MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário Oficial da União*, Info 798, 14 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 35693 AgR / DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Acórdão Eletrônico DJe-184 DIVULG 23-07-2020 PUBLIC 24-07-2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 536 - A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha*. Terceira Seção, julgado em 10/06/2015, DJe, 15 jun. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação criminal n° 5003596-39.2016.4.04.7002*. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810566308/apelacao-criminal-acr-50035963920164047002-pr-5003596-3920164047002/inteiro-teor-810566347?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 out. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *MS: 5005673-56.2018.4.04.7000*. Relator: João Pedro Gebran Neto. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=XGnYhdnRefId=63633088fd1bfd14175b4f1f847eaf2a&selForma=NU&txtValor=50056735620184047000&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras. Acesso em: 25 ago. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *MS: 5009312-62.2020.4.04.0000*. Relator: João Pedro Gebran Neto. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=FbEC&hdnRefId=1659914dc2986fc40c08b3214ca77ef3&selForma=NU&txtValor=50093126220204040000&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. MS: 0804975-89.2019.4.05.0000. Relator: Des(a) Federal Paulo Roberto De Oliveira Lima. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/> Acesso em: 20 ago. 2020.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. *Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal* (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). p. 21-47. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2a36cfc8306908148b233995a76a4532.pdf> f. Acesso em: 5 jul. 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Quéiroz. Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis: Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, p. 1-26. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

CARDOSO, Henrique. *Plea bargaining* nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 57-74. jul./dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9636/2017.v3i2.2405>. Disponível em: [file:///C:/Users/CEASA/Downloads/2405-11278-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/CEASA/Downloads/2405-11278-1-PB%20(2).pdf). Acesso em: 15 out. 2019.

CARPIO BRIZ, David. Concepto y contexto del derecho penal económico. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.). *Manual de derecho penal, económico y de empresa: parte general y parte especial* (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal) Doctrina y jurisprudência con casos solucionados. Valencia: Tirantlo Blanch, 2016, p. 25, t. 2.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CHEMIM, Vera. *Plea bargaining: a sinalização para a convergência dos sistemas "common law" e "civil law"*. *Migalhas*, 23 set. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294885,51045-Plea+bargaining+a+sinalizacao+para+a+convergencia+dos+sistemas+common>. Acesso em: 20 set. 2019.

CONDE, Francisco Muños; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. 9. ed. Valencia: Tirantlo blanch, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Novo artigo 28-A, do CPP, fundamenta acordos em várias regiões do país. *Consultor Jurídico*, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/acordos-nao-persecucao-penal-sao-firmados-pais> Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. STJ fixa parâmetros para analisar ponderação de princípios no CPC/2015. *Consultor Jurídico*, 27 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-27/stj-fixa-parametros-analisar-ponderacao-principios-cpc>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Resolução nº225*, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289> Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. *Justiça em Números*. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 08 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução decide casos em que o MP pode propor acordos de não-persecução penal*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10941-resolucao-decide-casos-em-que-o-mp-pode-propor-acordos-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCrim*, v. 13, n. 159, p. 7-9. fev. 2006.

CUNHA, Rogerio Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DELLAQUA, Goldner Leonardo. Transação Penal, O Devido Processo Legal e o Direito de Punir. *Jus.com.br*, mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56255/transacao-penal-o-devido-processo-legal-e-o-direito-de-punir>. Acesso em: 22 set. 2019.

DIAS JÚNIOR, Antônio Carlos. *O Liberalismo de Ralf Dahrendorf: classes, conflito social e liberdade*. Florianópolis: UFSC, 2012.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. *Comentários a Lei nº 13.431/17*. Curitiba: MP-PR, 2018. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em: 2 nov. 2019.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. *Coletânea de Artigos do IBCCRIM, Boletim*, n. 318. maio 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro. Acesso em: 20 jul 2020.

DOWNES, David; ROCK, Paul. *Sociologia de ladesviación: Una guía sobre las teorías del delito*. México, D.F.: Gedisa, 2007.

ESTADOS UNIDOS. *Federal Rules of Criminal Procedure 11*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Suprema Corte Norte Americana. *HC nº 126174*. Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 260 (1971). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>. Acesso em: 20 dez. 2019.

FARACO NETO, P.; SANTOS, D. P.; LOPES, V. B. A (im)possibilidade de aplicação do

sistema Plea Bargain no processo penal Brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais UNIPAR*, Umuarama. v. 22, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/viewFile/7859/3874>. Acesso em: 20 ago. 2020.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FIGUEIREDO & VELLOSO ADVOGADOS ASSOCIADOS. Relatório – Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”). *Migalhas*, jan. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/1533F750ECA4DC_estudo.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

FISHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso. *Meu site jurídico.com*, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

FISHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso. *Meu site jurídico.com*, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A history of Plea Bargaining in America*. Stanford: University Press, 2003. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7943&context=ylj>. Acesso em: 22 dez. 2019.

GIVATI, Yehonatan. The comparative law and economics of plea bargaining: theory and evidence. *Harvard: John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Fellows' Discussion Paper Series*, n. 39. p. 1-26, jul. 2011. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

GOMES, José Jairo. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. *GENJURÍDICO.com.br, Artigos: Processo Penal*, 29 abr. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

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

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirantlo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, v. 18, n. 87, p. 108, nov./dez. 2010.

HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*. Porto Alegre: Livros Técnicos e Científicos. 2000.

HUSON JR., David L. Jacobellis v. Ohio (1964). *The frist amendment encyclopedia*. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/392/jacobellis-v-ohio>. Acesso em: 27 jul 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: prêmio de não ser denunciado: Eficácia de arquivamento. *Empório do Direito*, 12 set. 2017. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/acordo-de-cooperacao-premiada-premio-de-nao-ser-denunciado-eficacia-de-arquivamento-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. Estágio atual da "colaboração premiada" no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7551>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. *Lei dos JECRIM*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

KAISER, Günther. Criminalidad de cuello blanco. In: _____. *Introducción a la Criminología*. 7. ed. Madrid: Dykinson, 1988, p. 355-377.

LANGBEIN, John H. *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, Law & Soc'y Review, v. 13, n. 261, p. 261-272. winter 1978. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/43ac/7def0df72033027186389c28e211607ce917.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

LEI DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS. *Do crime de lesa majestade*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1154.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 285-310.

MARCO FRANCIA, M. Pilar. Criminología, Derecho Penal económico y Derechos Humanos. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo; NIETO MARTÍN, Adán (dir.); MAROTO CALATAYUD, Manuel; MARCO FRANCIA, Mª Pilar (coord.). *Derecho Penal Económico y derechos humanos*. Valencia: Tirantlo blanch, 2018, p. 192.

MARTÍN NIETO, Adán. Introducción. In: ZAPATERO, Luis ARROYO; MARTÍN NIETO, Adán.. *El Derecho Penal Económico em La Era Compliance*. Valencia: Tirant to Blanch, 2013, p. 12.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. *Prerrogativas*, 24 fev. 2020. Disponível em: <https://www.prerrogativas.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

_____; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal: lições fundamentais*, parte geral. 5 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

_____; _____. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal: a definição pela retroatividade configura importante marco, mas a questão requer outros passos. *Jota*, 24 fev. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020 Acesso em: 20 ago. 2020.

MELO, João Ozorio de. Faca de dois gumes: funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. *Consultor Jurídico*, 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua#:~:text=No%20julgamento%20de%20um%20acidente,sem%20admiss%C3%A3o%20de%20responsabilidade%20civil>. Acesso em: 20 ago. 2020.

NAVARRETE, Miguel Polaino. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, Tomo II. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15 ed. São Paulo: Gen/Forense, 2016.

OPPEL Jr, Richard A. Sentencing Shift Gives New Leverage to Prosecutors. *The New York Times*, Nova York, 25 set. 2011. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2011/09/26/us/tough-sentences-help-prosecutors-push-for-plea-bargains.html> Acesso em: 22 dez. 2019.

PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas. 2020.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2008.

PEDERSON, William D. Earl Warren. *The first amendment encyclopedia*. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1370/earl-warren>. Acesso em: 27 jul 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de Pinho; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?* Disponível em: https://www.academia.edu/36470844/COLABORA%C3%87%C3%83O_PREMIADA_UM_NEG%C3%93CIO_JUR%C3%8DDICO_PROCESSUAL. Acesso em 21 abr. 2019.

POLASTRI, Marcellus. *O chamado acordo de não persecução penal: uma tentativa de adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública*. *GENJURÍDICO*, 5 abr. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica>. Acesso em: 2 nov.

2019.

PSICHYATRY & LAW. *Landmark Cases*. Disponível em: <http://bama.ua.edu:80/~jhooper/godinez.html>. Acesso em: 15 out. 2019.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El Problema Penal: La tensión entre teoría y praxis em derecho penal*. Madrid: Iustel, 2012.

RICKEN, Daniel. A compatibilidade da *good Faith exception* com o Sistema de Justiça Criminal brasileiro baseada no garantismo penal integral e no princípio acusatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; ASSUNÇÃO, Bruno Barros de; CARDOSO, Natália Angélica Chaves. *Sistema de Justiça Criminal*. Brasília: ESMPU, 2018, p. 73-103.

RODRIGUES, Manuel. *Mundo árabe e Islâmico: Nação e Defesa*. Lisboa: Instituto da Defesa Nacional. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14438/1/O%20mundo%20C3%A1rabe%20e%20isl%C3%A2mico.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

RODRIGUES, Rodrigo Alves. Principais aspectos do acordo de não persecução penal. *Âmbito Jurídico*, 1 jul. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/principais-aspectos-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

RODRIGUES, Victor Gabriel. *Delação Premiada: Limites Éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSAL, M. Cobo Del; ANTÓN, T.S. Vivés. *Derecho Penal: Parte general*. 5. ed. Valencia: Tirantlo blanch libros, 1999.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The processes of globalization. *Eurozine*, v. 68, n. 14, p.33-34, dez. 2002.

SCHAEFER Gilberto José; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. *Revista Análise Econômica*, v. 19, n. 36, p. 3-25. DOI: <https://doi.org/10.22456/2176-5456.10682>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/10682/6310>. Acesso em 20 dez. 2019.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano enel mundo?). In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 288.

_____. *Del Derecho Penal de La Clase Baja al Derecho Penal de la Clase Alta: ¿Um Cambio de Paradigma como Exigencia Moral?* In: *Obras, Tomo II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 19.

_____. *Del Derecho Penal de La Clase Baja al Derecho Penal de la Clase Alta: ¿Um Cambio de Paradigma como Exigencia Moral?* In: *Obras, Tomo II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 13-40.

_____. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SIQUEIRA, Julio P. F. H. de. Natureza jurídica do Direito Comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3508, p. 303-304, fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23674/natureza-do-direito-comparado#:~:text=Direito%20comparado%20C3%A9%20express%C3%A3o%20que,sejam%20eles%20um%20instiuto%20jur%C3%ADdico>. Acesso em: 9 jun. 2019.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. São Paulo: Madras, 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Informante do bem: ensaio sobre o whistle blower na atualidade. In: GUEIROS, Artur de Brito Souza; MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei (coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Eduardo Japiassú*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SOUZA, Lidiane Teixeira de. A Justiça Penal Negociada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia BARBOZA, Márcia Noll (Coords.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020, p. 232-263. (Coletânea de artigos. v. 7)

STRECK, Lenio Luiz. Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. *Caderno Jurídico: ESMP*, a. 2, n. 5, out. 2002. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal. Pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

SUECKER, Betina Heike Krause. *Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, feb., 1940.

TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. A Plea bargaining norte-americana In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia BARBOZA, Márcia Noll (Coords.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020.

TACITUS. *The Annals of Tacitus*. London: Mac Millan and Co., 1906.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madri: Marcia Pons, 2016.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidade*. 2.ed. Lima: Jurídica Grijley, 2007.

UNITED STATES. The United States Departamento of Justice. *HSBC Holdings Plc Agrees to Pay More Than \$100 Million to Resolve Fraud Charges*. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-agrees-pay-more-100-million-resolve-fraud-charges>. Acesso em: 30 jul. 2020.

VARELLA, Marcelo D. *Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; REP, Miguel. *El poder punitivo y la verticalización social: La cuestión criminal*. 6. ed. Buenos Aires: Planeta, 2015.