



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A CONCESSÃO
DE UM PRÊMIO PARA O CRIMINOSO NA APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENAL
ATIVO

Águeda Izidora Cota Cunha

Rio de Janeiro
2021

ÁGUEDA IZIDORA COTA CUNHA

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A CONCESSÃO
DE UM PRÊMIO PARA O CRIMINOSO NA APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENAL
ATIVO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A CONCESSÃO DE UM PRÊMIO PARA O CRIMINOSO NA APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENAL ATIVO

Águeda Izidora Cota Cunha

Graduada pela Universidade Gama Filho. Pós Graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro- FEMPERJ. Advogada.

Resumo – A delação premiada como um negócio jurídico bilateral consciente realizado por meio de declaração oral, reduzida a escrito, pessoal, expressa, e voluntária do acusado perante uma autoridade policial ou judicial a quem fornece informações a respeito da responsabilidade de terceiro partícipe ou coautor do crime investigado e, como forma de retribuição poderá ser beneficiado com a extinção da sua punibilidade, extinção do processo ou redução de pena. É um instrumento da justiça penal negociada bastante utilizada no Brasil. Desse modo, o tema do presente estudo é justiça penal negociada no processo penal brasileiro: a concessão de um prêmio para o criminoso na aplicação de um direito penal ativo. Tem-se por objetivo tratar do conceito de justiça pena negociada tratando, em especial, do instituto da delação premiada, no contexto da aplicação de um direito penal eficaz. A metodologia do presente estudo se traduz numa pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, realizada através de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados quanto ao tema escolhido.

Palavras-chave: Direito Penal. Justiça. Penal. Negociada. Delação. Premiada.

Sumário – Introdução. 1. A justiça penal negociada no Brasil. 2. A transação penal e o acordo de não persecução penal. 3. A justiça negociada na delação premiada: a aplicação de um direito penal ativo. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende tratar da justiça penal negociada no processo penal brasileiro procurando compreender como o instituto da delação premiada ajuda o judiciário a localizar outras pessoas que também cometeram crimes, sendo quase desconhecidas. Somente quando os requisitos voluntários são atendidos, a delação é realizada na presença do defensor e do promotor, e as informações prestadas pelo denunciante podem efetivamente ajudar na prevenção, a fim de evitar a prática de outros crimes.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir a justiça negociada criminal como um instrumento de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir. Nesse sentido, pretende-se compreender a delação premiada,

seguindo uma tendência de justiça consensual, mitigou a obrigatoriedade da ação penal, valorizando o princípio da oportunidade regrada, isto é, regulamentada expressamente pela lei.

A justiça consensual (tanto a restaurativa quanto a negocial) possibilita uma resolução alternativa do conflito penal. Desta forma, ao invés do conflito entre as partes, busca-se a princípio, se possível, o consenso entre elas. A justiça penal negocial é um instrumento da política criminal para prevenir a prisão de pessoas que cometeram contravenções, admitiram seus erros e pretendem impedir a sua prisão pelo crime. A negociação da Justiça Criminal nada mais é do que a possibilidade de negociação direta entre o Ministério Público e o investigado / arguido, e a possibilidade de estar devidamente acompanhado por um advogado criminal, e, posteriormente, essa negociação é analisada e homologada pelo juiz. No Brasil, com a inserção do Acordo de Não Persecução Penal, art. 28-A, no Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), nosso sistema legal agora tem outra oportunidade de evitar ou fazer cumprir a sentença sob certos requisitos e certas condições.

Para melhor compreensão do tema, busca-se conceituar a justiça penal negocial, bem como da suspensão condicional do processo. Pretende-se, ainda, tratar da transação penal e do acordo de não persecução penal para fins de compreender o instituto da delação premiada como instrumento da justiça negocial no acordo de não persecução penal.

O primeiro capítulo do artigo trata da justiça negocial como modelo de justiça que, decorrente do princípio da oportunidade, permite a solução dos conflitos penais por meio do consenso entre a acusação e a defesa. Ao lado de várias medidas, a suspensão condicional do processo como um dos instrumentos mais antigos de justiça negocial em nosso ordenamento jurídico. Assim, na suspensão condicional da pena, o *sursis* surge para desafogar o Poder Judiciário afastando o *ius puniendi*.

Segue-se o segundo capítulo apresentando a transação penal como sendo o consenso entre as partes, convergência de vontades, um acordo de propostas, ajuste de medidas etc.; englobando tal conceito em tudo que se defina como conciliação de interesses.

O terceiro capítulo pretende compreender o instituto da delação premiada que tem o objetivo de descobrir a cadeia do crime em que o informante está envolvido com base nas informações do denunciante, ou seja, o colaborador traz voluntariamente o nome e os dados para a investigação esclarecendo o crime em que estava envolvido.

A metodologia do presente estudo se traduz numa pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, realizada através de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados quanto ao tema escolhido.

1. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL PARA FINS DA CELERIDADE PROCESSUAL

A justiça negocial é o modelo de justiça que, decorrente do princípio da oportunidade, permite a solução dos conflitos penais por meio do consenso entre a acusação e a defesa. Dessa forma, seria possível dispensar a necessidade da realização integral do processo (ou até mesmo evitar a sua instauração), por meio de ajustes de condições alternativas a serem cumpridas pelo acusado.

A justiça negocial é o precursor a incansável busca pela celeridade processual. Recebe críticas no sentido de que objetiva a condenação de forma mais rápida por meio da relativização dos direitos e garantias fundamentais. Conforme Vinicius Vasconcellos¹ (2015), a justiça negocial busca possibilitar o máximo de condenações com o mínimo de recursos e tempo possíveis, sendo um processo de mercantilização da persecução penal.

A Justiça Negocial prevê a supervalorização do Ministério Público, sem qualquer proteção ao excesso de discricionariedade e ausência de controle judicial, sendo característico do instituto. Do ponto de vista investigativo, é notável que a delação premiada constitui uma importante técnica especial colocada à disposição da polícia judiciária para o desmantelamento de organizações criminosas; evidentemente, a autoridade policial está diretamente ligada à investigação de infrações penais. Em todo caso, a participação do delegado de polícia na formalização do acordo pré-processual não está isenta de críticas, como evidencia Luiz Flávio Gomes.²

Na justiça negocial, o Estado acaba por se contentar com a verdade formal, pois a realização da barganha, resulta na condenação imediata do acusado, muitas vezes com base em provas superficiais, inclusive, podendo a condenação se basear na simples confissão do acusado. A justiça negocial resulta na hipervalorização da confissão como meio de prova,

¹VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 45.

²GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 421.

uma vez que a condenação obtida pela barganha é fundada simplesmente pela confissão de culpa. Nessa perspectiva haveria um retrocesso da persecução penal.

A justiça negocial tem por base o princípio da oportunidade, podendo o Parquet deixar de oferecer a denúncia por motivos alheios às condições da ação penal pública, sejam eles econômicos, políticos-criminais ou de eficiência.

Apesar de definido como finalidade da justiça negocial o encerramento antecipado do processo, nada obsta a introdução de mecanismos negociais que tenham também diversas finalidades, a justiça negocial não é novidade no direito penal brasileiro, sendo atualmente aplicada aos crimes de menor gravidade os benefícios instituídos pela Lei nº 9.099/95³, e à crimes específicos, onde a lei possibilita, o acordo de colaboração premiada. Segundo Gomes⁴, é evidentemente que esse recurso se apresenta como a melhor alternativa diante da superlotação das casas prisionais.

A justiça criminal negocial, nada mais é de que uma possibilidade de haver uma negociação direta do Ministério Público com o investigado/acusado, devidamente acompanhado de um Advogado criminalista e, posteriormente, essa negociação é analisada e homologada pelo juiz. Grande exemplo é a instituto da colaboração premiada, introduzido com fim de contribuir ao combate às organizações criminosas.

A Lei nº 9.099/95⁵, traz no art. 89, a suspensão condicional do processo, voltado para crimes cuja pena mínima é igual ou inferior a um ano. No caso da suspensão condicional do processo, recebe-se a denúncia e suspende-se o feito, cumpridas as condições, julga-se extinta a punibilidade.

A Constituição da República de 1988 determinou, por meio de seu art. 98, a criação, no Poder Judiciário, dos Juizados Especiais, com competência para a conciliação, julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de menor potencial ofensivo.

No âmbito do processo penal, a Lei nº 9.099/95⁶, cumprindo aquela determinação constitucional, criou os chamados Juizados Especiais Criminais e o procedimento sumaríssimo, previsto em Lei, permitindo, em sua fase pré-processual, a transação penal, e, na

³BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁴GOMES, op. cit., nota 2.

⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶Ibid.

fase recursal, o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau⁷. A referida lei criou também a suspensão condicional do processo, previsto especificamente no art. 89:

Ao lado de várias medidas, a suspensão condicional do processo surge para desafogar o Poder Judiciário afastando o *ius puniendi* em relação às infrações com pena mínima até 1 (um) ano, alteração essa que insere no sistema jurídico-penal brasileiro a política criminal de “despenalização”.

O “sursis” processual surgiu no ordenamento jurídico em 1995, por meio da Lei nº 9099/95⁸. Até então só existia o “sursis” penal, definido no art. 77 e seguintes do Código Penal⁹. A referida lei foi publicada em cumprimento em determinação consoante do art. 98 da Constituição da República de 1988¹⁰, inaugurando uma nova política de descriminalização de algumas condutas.

Até então, vigorava de maneira quase absoluta o princípio da indisponibilidade da ação penal, presente até hoje na legislação processual penal para os crimes de iniciativa do Ministério Público, e materializado por meio dos artigos 17, 42 e 576 do Código de Processo Penal¹¹.

A partir de 1995, com a criação dos Juizados Especiais Criminais, foi viabilizada a possibilidade de mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, sendo permitido ao Ministério Público, dispor da ação penal por meio da transação penal, para as infrações penais com pena mínima até 2 (dois) anos, e a dispor do processo penal, por meio da suspensão condicional do processo, no caso das infrações penais com pena mínima não superior a 1 (um) ano.

Maria Lúcia Martinelli¹² destaca que tal benefício não se limita aos crimes julgados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, podendo ser estendido a qualquer crime, ainda que de competência de uma vara criminal comum (estadual ou federal), desde que a pena mínima não exceda a 1 (um) ano, como dispõe o art. 89 da Lei nº 9099/95¹³.

⁷ Caso a parte se sinta inconformada com a sentença poderá entrar com recurso que será julgado por uma Turma Recursal composta por Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição.

⁸BRASIL, op. cit., nota 3.

⁹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2021.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 9.

¹² MARTINELLI, Maria Lúcia. *Serviço social: identidade e alienação*. 16 ed. São Paulo: Cortez, 2016, p.57.

¹³BRASIL, op. cit., nota 3.

A natureza jurídica da suspensão condicional do processo possui várias correntes. Alguns preveem que sua natureza jurídica é processual; outros, penal e ainda, outros acreditam ser processual penal ou mista.

Para a doutrina majoritária, a suspensão condicional do processo detém natureza mista, ou seja, de direito processual e de direito material penal: suspende o andamento do feito (natureza processual), sendo, ainda, medida de despenalização em favor do acusado (natureza penal), sendo preenchidos determinados requisitos e cumpridas as condições impostas, se extinguirá a punibilidade do autor da infração, se pode concluir a partir das palavras de Guilherme de Souza Nucci.¹⁴

Gomes¹⁵ informa que uma das características principais da suspensão condicional do processo é a aplicação do princípio do *nolo contendere*, que se traduz numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência, mas concorda em cumprir determinadas condições com a finalidade de evitar o seu processamento e os constrangimentos advindos desse processamento.

2. A TRANSAÇÃO PENAL E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MEDIDAS DESPENALIZADORAS

Airton Zanatta¹⁶ conceitua transação penal como o consenso entre as partes, convergência de vontades, um acordo de propostas, ajuste de medidas etc.; englobando tal conceito em tudo que se defina como conciliação de interesses. Segundo Frederico Lustosa Costa¹⁷, a transação penal tem como fundamento o poder discricionário regrado do Ministério Público de um lado e o princípio da autonomia da vontade do autor de outro, definindo-se tal instituto como sendo o acordo de vontades entre as partes, acusador e autor do fato, com concessões recíprocas, visando solucionar consensualmente um conflito de interesses criminal.

A proposta de transação penal é apresentada na audiência preliminar, após frustrada a conciliação, podendo ser feita novamente no início da Audiência de Instrução de julgamento.

¹⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 564.

¹⁵GOMES, op. cit., nota 2.

¹⁶ZANATTA, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 36.

¹⁷Segundo a Escola Paulista do Ministério Público, Conclusões – 3.1, a transação penal pode ser assim conceituada: A transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, proponho ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.

Costa¹⁸ entende que o instituto da transação penal constitui forma de despenalização, pela aceitação da proposta de aplicação de pena menos grave. Esta atua não só quando a pena deixa de ser aplicada, como no perdão judicial, ocorrendo também quando sua imposição é atenuada quanto à qualidade ou quantidade da sanção criminal.

Em diversos outros países existem institutos comparados à transação penal, o *plea bargaining*¹⁹ é o instituto que mais se assemelha. Originário do direito anglo-saxônico é utilizado no ordenamento jurídico norte-americano, representando a chamada justiça pactuada, contratada ou negociada, onde o Ministério Público negocia com a defesa, destinado a obter uma confissão de culpa ampla em troca da acusação por um crime menos grave, ou até mesmo por um número mais reduzido de crimes, segundo salienta Maurício Antonio Ribeiro Lopez²⁰.

No Brasil, o juiz homologa a transação penal e tal instituto não é levado como reincidência, nem constará de anotações criminais, devendo-se respeitar o período de 5 (cinco) anos, para que o autor do fato possa ter direito a beneficiar-se novamente de tal medida.

Marcelo Batlouni Mendroni²¹ ressalta que a transação penal será homologada pelo juiz, não importando em caracterização de reincidência e nem poderá constar de anotações criminais, sendo registrada apenas com vistas a impedir que o autor do fato, no período de 5 (cinco) anos, se veja novamente alcançado pela medida benéfica.

Os requisitos para sua concessão estão previstos no artigo 76 da Lei nº 9.99/95²², que determina que deva tratar-se de ação penal pública incondicionada, ou, nos casos de ação penal pública condicionada ser efetuada a representação e, em ambos os casos, não ser o caso de arquivamento de termo circunstanciado; não ter sido o autor da infração condenado por sentença definitiva (com trânsito em julgado), pela prática de crime, à pena privativa de liberdade; não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação.

¹⁸COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 42, p. 829-74, set.-out 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5>>. Acesso em: 20 abril 2021.

¹⁹ Em uma tradução livre, “negociação quanto à pena”.

²⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 227.

²¹MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 579.

²²BRASIL, op. cit., nota 3.

Devem ser observados para fins de concessão da transação, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como fato de que os motivos e as circunstâncias do crime indicarem a adoção da medida.

No acordo entre o Ministério Público e a defesa, conclui-se que o principal objetivo da transação penal é prevenir ou extinguir o conflito de interesses que surge na prática de uma infração de menor potencial ofensivo. Infere-se ser tal acordo benéfico para ambas às partes, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, acelerando desta forma a prestação jurisdicional e a pacificação social.

Há quem defenda que a transação penal é um direito subjetivo do autor do fato, devendo o Ministério Público oferecer a proposta de transação penal, quando presentes os requisitos legais. Nessa esteira, Maurício Antonio Ribeiro Lopes²³ expõe que:

Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele poderá converter-se em dever, surgindo para o autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito. O Promotor não tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricionariedade. Ele é obrigado a formulá-la. E esse dever é da Instituição. Nem teria sentido que a proposta ficasse subordinada ao bel-prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola, do Ministério Público.

Lopes acrescenta que “se preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos para a proposta, e não sendo a mesma oferecida, há constrangimento ilegal sanável por *habeas corpus*”. Já Alberto Silva Genacéia²⁴ entende não ser faculdade do Ministério Público a proposta de transação, e para tanto argumenta:

A lei dos juizados especiais admitiu o princípio da oportunidade, mas uma oportunidade regrada, também chamada de regulada ou limitada ou temperada e submetida ao controle jurisdicional. Oportunidade regrada porque é a lei que diz quando será possível a transação e de que modo ela deve ser feita. Não fica ao arbítrio do Ministério Público propor ou não a transação. Não é uma faculdade do órgão Ministerial.

Genacéia leciona que desde que presentes as condições da transação, o Ministério Público está obrigado a fazer a proposta ao autuado, com 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 e, caso o Parquet não

²³LOPES, op. cit., nota 20.

²⁴GENACÉIA, Alberton Silva. *Juizados especiais criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 58.

proponha a transação ou se recuse a fazê-lo, deve fundamentar a negativa., segundo salienta Jesus.²⁵

Parte da doutrina posiciona-se nesse sentido quanto ao instituto da transação penal, entendendo tratar-se de direito subjetivo do autor do fato e, tendo presentes os requisitos legais, tanto de ordem subjetiva quanto objetiva, o Ministério Público está obrigado a propô-la.

Já a corrente doutrinária contraposta entende ser a transação penal uma opção do Ministério Público, podendo oferecer a respectiva denúncia.

Nesse sentido Frederico Lustosa da Costa²⁶ defende que:

A possibilidade de suspensão condicional da relação processual não é um direito subjetivo, e sim uma faculdade jurídica do Ministério Público, que tem a garantia constitucional de titularidade da ação penal pública, tratando-se, portanto, de poder discricionário.

Costa considera que a transação penal não passa de um mero benefício e, mesmo o autor preenchendo todos os requisitos subjetivos e objetivos de ordem legal, pode o Ministério Público não elaborar a referida proposta.

Observa-se, contudo, que para deixar de apresentar a proposta, o Promotor de Justiça deve fazê-la fundamentadamente, bem como o acusado pode opor uma sugestão ao Ministério Público em relação à sanção que será a ele aplicada, já que a transação penal é baseada na conciliação.

Uma terceira corrente doutrinária, da qual faz parte Karina Marqueze Trindade²⁷, defende a tese de que a juiz pode oferecer a proposta de transação penal nos casos de inércia do Ministério Público, por tratar-se de direito subjetivo do autor do fato. Segundo a autora,

[...] “não se trata de movimentação ex officio, pois, no caso da transação, ainda não há ação penal, mas somente, nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho (2000, p. 96), uma ‘previsão de condições legais para que ela não seja proposta’”. O promotor de Justiça, diante do preenchimento das condições legais, está impedido de exercer o direito de ação. Até mesmo o autor do fato, como titular desse direito subjetivo, pode exigi-lo perante o Magistrado. Com isso, nada impediria que o Juiz lhe fizesse a proposta de uma aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, com ou sem a sua provocação. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover *et al* (1999, p. 139), sustenta que a possibilidade da iniciativa da proposta pelo acusado, com a assistência de seu defensor, coaduna com o princípio da isonomia e com a informalidade adotada pelo legislador na audiência preliminar.

²⁵JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 89.

²⁶COSTA, op. cit., nota 18.

²⁷TRINDADE, Karina Marqueze. *Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais*. 2006. 82 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2006, p. 32.

Percebe-se, deste modo, que a proposta de transação penal quando descumprida injustificadamente é um assunto polêmico e ainda não pacificado.

No dia 07 de agosto de 2017, foi editado a Resolução nº 181 do CNMP²⁸, que em seu art. 18 introduziu o “acordo de não persecução penal”, um novo mecanismo negocial, que busca expandir o espaço de consenso aos “crimes de médio potencial ofensivo”.

Conforme o art. 18 da Resolução do CNMP, o Ministério Público pode oferecer proposta de acordo de não persecução penal (acordo de barganha) aos crimes que é cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, desde que não praticada com violência ou grave ameaça a pessoa. Para isso, o investigado deverá confessar o crime de maneira formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as condições expostas nos parágrafos do aludido artigo, que serão definidas cumulativa ou alternativamente a depender do caso concreto, pelo representante do Ministério Público, como bem explica Airton Zanatta²⁹.

A justiça negocial criminal é um instrumento de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir. No Brasil, com a inserção do Acordo de Não Persecução Penal, art. 28-A, no Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19)³⁰, o ordenamento jurídico passou a possuir mais uma oportunidade para evitar a aplicação ou cumprimento da pena, mediante certos requisitos e determinadas condições.

3. A JUSTIÇA NEGOCIAL NA DELAÇÃO PREMIADA: A APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENAL ATIVO

A *plea bargaining* é o mecanismo negocial pelo qual se realiza um contrato de natureza bilateral entre o Promotor de Justiça (prosecutor) e o acusado (*defendant*), podendo ser realizado antes da instauração da ação (*plea bargaining* como instrumento pré-processual) ou no seu decorrer (*plea bargaining* como instrumento processual), no qual o réu aceita os crimes a ele imputados (*guilty plea*) ou deixa de contestá-los (*plea of nolo contendere*), em contrapartida, o Promotor lhe concederá certos benefícios legais. Realizado a *plea bargaining*, poderá se aplicar a pena nos termos acordados, assim, encerrando o processo de forma

²⁸BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

²⁹ZANATTA, op. cit., nota 16.

³⁰BRASIL. *Lei nº 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: 2 mai. 2021.

antecipada. Assim, negocia-se o direito o acusado em se defender, podendo se dar por duas condutas distintas. O acusado pode confessar sua culpa no delito imputado (*guilty plea*), ou simplesmente abrir mão da contestação. Tal acordo é denominado *no-contest plea*, ou do latim, *nolo contendere*. Segundo o conceito de delação premiada, Maria Lúcia Martinelli³¹ lembra que:

inicialmente, alerta-se para a opção de utilizar o termo ‘delação’ em vez de colaboração’. A lei faz uso de ‘colaboração’, porém, entende--se, aqui, que há diversas formas de colaborar com a investigação dentre as quais a delação. No caso em tela, o agente ‘delata’ seus cúmplices em troca de benefícios legais ou delata a si mesmo. Assim, deve-se conceituar a delação premiada a partir de suas características, finalidade e consequências. Todas essas informações são extraídas da lei e da doutrina, fontes primordiais de uma discussão multilateral

A delação premiada vista como um negócio jurídico bilateral entre o delator e o Estado, empregada como ferramenta capaz de combater o crime organizado deve atentar aos princípios constitucionais. Referidos princípios funcionam como mecanismos que limitam a política criminal e as posturas pragmáticas, no entender de Rogério Sanchez Cunha.³²

O conceito de colaboração premiada pode ser extraído do art. 4º e seus incisos da Lei nº 12.850/2013³³. O instituto da delação premiada pertence à chamada “Teoria Premial”, oriunda da doutrina Alemã e, segundo, Guilherme de Souza Nucci³⁴, pode ser definida como

[...] a denúncia cujo objeto é narrar às autoridades o cometimento do delito e, quando existente, os coautores e partícipes, com ou sem resultado concreto, conforme o caso, recebendo em troca, do Estado, um benefício qualquer, consistente em diminuição de pena ou, até mesmo, em perdão judicial.

Delatar, no sentido processual significa denunciar alguém, empregando-se o termo quando um acusado ao admitir a culpa pela prática criminosa relata que outro criminoso também o auxiliou de alguma maneira. A delação premiada nada mais é do que a concessão de um prêmio para o criminoso que colabora com a justiça, constituindo-se em uma medida de política criminal, em que existe interesse do Estado a fim de que o agente interrompa a prática criminosa. No entanto, segundo Lopes³⁵:

³¹MARTINELLI, op. cit., nota 12.

³²CUNHA, Rogério Sanchez; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

³³BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 19 abr. 2021.

³⁴NUCCI, op. cit., nota 14.

³⁵LOPES, op. cit. nota 20.

A crise de credibilidade do processo e da jurisdição conduz à ampliação dos casos de prisão preventiva, a menos liberdade no processo, menos direitos e garantias processuais e mais eficiência (leia-se: atropelamento procedimental). Em suma, conduz à ilusão de que, acelerando de forma utilitarista os processos, restringindo direitos, limitando o uso do habeas corpus e ampliando o espaço de justiça negocial, se chega o mais rápido possível a uma pena, de preferência sem precisar do processo

A concessão de um prêmio para o criminoso na aplicação de um direito penal ativo. Delatar, no sentido processual significa denunciar alguém, empregando-se o termo quando um acusado ao admitir a culpa pela prática criminosa relata que outro criminoso também o auxiliou de alguma maneira. A delação premiada nada mais é do que a concessão de um prêmio para o criminoso que colabora com a justiça, constituindo-se em uma medida de política criminal, em que existe interesse do Estado a fim de que o agente interrompa a prática criminosa. Segundo Nucci³⁶:

[...] a denúncia cujo objeto é narrar às autoridades o cometimento do delito e, quando existente, os coautores e partícipes, com ou sem resultado concreto, conforme o caso, recebendo em troca, do Estado, um benefício qualquer, consistente em diminuição de pena ou, até mesmo, em perdão judicial.

No mesmo sentido, Walter Barbosa Bittar³⁷ afirma que a delação premiada é:

[...] instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução, podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação).

A delação premiada beneficia o investigado pela prática de um crime por fornecer, de alguma forma, informações ou auxiliar na persecução de crimes. Constata-se também, que a delação pode ser feita na fase de investigação, na fase judicial, e até mesmo já em sede de execução penal, desde que o conteúdo delatado tenha relevância e seja, até o momento, desconhecido. Ademais, Bittar³⁸ chama atenção para o fato de que a delação não precisa se referir, obrigatoriamente, a supostos criminosos que respondem no mesmo processo penal que o delator; podendo também alcançar outros procedimentos

No que tange à sua forma, a delação deve ser feita oralmente, sendo reproduzida de forma escrita para assegurar a preservação da memória do ato através da documentação. De

³⁶NUCCI, op. cit., nota 14.

³⁷BITTAR, Walter Barbosa. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 225-50, 2011. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/41/58>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

³⁸Ibid.

acordo com Cunha, Taques e Gomes³⁹, justifica-se a forma oral devido à necessidade de a autoridade analisar a credibilidade da declaração do delator apoiada em elementos presentes na comunicação que acompanham a palavra falada.

A regulamentação da delação premiada, na forma da Lei nº 12.850/2013⁴⁰, autorizou a realização de um acordo formal entre Ministério Público (ou, se for o caso, autoridade policial) e acusado e, seguindo uma tendência de justiça consensual, mitigou a obrigatoriedade da ação penal, valorizando o princípio da oportunidade regrada, isto é, regulamentada expressamente pela lei. Esta tendência é verificada também nos crimes de menor potencial ofensivo, com institutos como a transação penal, a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo, como ressalta Frederico Lustosa Costa⁴¹.

Neste contexto insere-se a delação premiada. Ainda segundo Costa⁴², o acordo entre acusação e acusado para fins de cooperação com a produção de provas configura uma relativização ou, no caso do não oferecimento da denúncia, uma verdadeira exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em todo caso, jamais se afasta o princípio da legalidade, o qual impõe a necessária observância do procedimento em todas as fases do acordo

Importante ressaltar que o respeito à legalidade é uma imposição para a efetividade das garantias constitucionais, haja a vista que se está diante de um modelo de justiça pautado na disponibilidade dos direitos fundamentais e de intrusão mais aberta dos órgãos investigativos sobre a esfera de liberdade do acusado.

A delação premiada realizada na fase pré-processual está consagrada no art. 4º, § 2º da Lei nº 12.850/2013⁴³.

Marcelo Batlouni Mendroni⁴⁴ assevera que a fase investigativa é aquela que reúne maior chance de efetividade do ponto de vista da colheita de elementos probatórios, além de conferir maior segurança jurídica para fins de conferência do conteúdo da colaboração (e, conseqüentemente, maior segurança no recebimento do prêmio). Voltando a Frederico Lustosa da Costa⁴⁵, o autor demonstra que à tendência de potencialização desta fase preliminar da persecução penal, acrescenta-se a ampliação das faculdades da autoridade

³⁹CUNHA; TAQUES; GOMES, op. cit., nota 32.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 33.

⁴¹COSTA, op. cit., nota 18.

⁴²Ibid.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 33.

⁴⁴MENDRONI, op. cit., nota 21.

⁴⁵COSTA, op. cit., nota 18.

policial que, conforme o art. 4º, § 6º do diploma em comento, passou a ser legitimada para propor o acordo de delação premiada e negociá-lo.

O mesmo Costa⁴⁶ defende que tal legitimidade é importantíssima do ponto de vista da eficiência do instituto, pois possibilita a realização da colaboração em situações de urgência, nas quais a demora na submissão do acordo à apreciação do Ministério Público pode comprometer o resultado positivo que se quer alcançar .

CONCLUSÃO

A justiça negocial é um modelo de justiça que, pelo princípio da oportunidade, pode resolver os conflitos criminais através do consenso entre a acusação e a defesa. Dessa forma, ao ajustar as condições alternativas que o réu deve cumprir, pode não ser necessário executar integralmente o processo (ou mesmo evitar seu início). A justiça de consenso (restaurativa e negociadora) permite a resolução de conflitos criminais de maneiras alternativas. Dessa forma, se possível, primeiro deve-se buscar o consenso entre as partes, ao invés de conflitos entre as partes.

É o modelo de justiça que, decorrente do princípio da oportunidade, permite a solução dos conflitos penais por meio do consenso entre a acusação e a defesa. Dessa forma, seria possível dispensar a necessidade da realização integral do processo (ou até mesmo evitar a sua instauração), por meio de ajustes de condições alternativas a serem cumpridas pelo acusado.

A justiça consensual (tanto a restaurativa quanto a negocial) possibilita uma resolução alternativa do conflito penal. Desta forma, ao invés do conflito entre as partes, busca-se a princípio, se possível, o consenso entre elas.

O veredicto vencedor beneficia a pessoa sob investigação do crime, fornecendo informações de alguma forma ou auxiliando no julgamento do crime. Ressalte-se também que, desde que o conteúdo denunciado seja pertinente e até o momento desconhecido, as denúncias podem ser feitas durante a fase de investigação, judicial ou mesmo de execução criminal. Além disso, a reclamação não se refere necessariamente ao criminoso acusado que respondeu no mesmo processo penal que o denunciante; outros procedimentos também podem ser implementados

⁴⁶Ibid.

Quanto à forma da reclamação, esta deve ser apresentada oralmente e reproduzida por escrito, para garantir que a memória do ato seja preservada através do arquivo. A razão pela qual a forma oral é razoável é que é necessário analisar a credibilidade da declaração do denunciante com base nos elementos da comunicação que acompanha a expressão oral.

Regular o pedido de outorga na forma da Lei nº 12.850 / 2013, autorizar a execução do acordo formal entre o Ministério Público (ou o órgão policial, se aplicável) e o réu, e mitigar a execução de atos criminosos conforme a tendência de consenso voluntário, e valoriza o princípio da oportunidade regulada, ou seja, o princípio claramente estipulado pela lei. Essa tendência também se confirmou em crimes menos ofensivos, como as transações criminais, a composição civil de danos e a suspensão condicional de processos.

Neste caso, insira vitória. O acordo alcançado entre a acusação e o arguido para cooperar na produção de provas constitui uma relativização ou, sem reclamação, constitui uma verdadeira exceção ao princípio do processo penal obrigatório. Em qualquer caso, o princípio da legalidade nunca se desviará, o que significa que os procedimentos devem ser seguidos em todas as fases do acordo

Deve-se enfatizar que, considerando que o modelo de justiça adotado é baseado na disponibilidade de direitos fundamentais, e que os órgãos de investigação estão mais abertamente envolvidos na liberdade do réu, o respeito à legitimidade é uma manifestação da eficácia das garantias constitucionais.

Além da tendência de fortalecer a fase inicial do processo penal, as atribuições das autoridades policiais também foram ampliadas. O artigo 4.º, n.º 6, relativo aos diplomas, torna-se a base jurídica para propor acordos de atribuição e conduzir negociações.

Do ponto de vista da eficiência do instituto, essa legitimidade é extremamente importante, pois permite cooperar em situações de emergência, caso em que a demora na apresentação do acordo ao Ministério Público pode prejudicar os resultados positivos que a consensualidade pode alcançar.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Walter Barbosa. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 225-50, 2011. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/41/58>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <<https://www.cntp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. *Lei nº 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: 2 maio 2021.

_____. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 42, p. 829-74, set.-out 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CUNHA, Rogério Sanchez; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GENACÉIA, Alberton Silva. *Juizados especiais criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. Salvador: Jus Podium. 2018.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINELLI, Maria Lúcia. *Serviço social: identidade e alienação*. 16 ed. São Paulo: Cortez, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TRINDADE, Karina Marqueze. *Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais*. 2006. 82 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

ZANATTA, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.