



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POSSÍVEL ALTERAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO
PARA O SISTEMA NEGOCIAL COM O ADVENTO DO ACORDO DE NÃO
PERSECUÇÃO PENAL

Gustavo Armando Nigri

Rio de Janeiro
2021

GUSTAVO ARMANDO NIGRI

A POSSÍVEL ALTERAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO
PARA O SISTEMA NEGOCIAL COM O ADVENTO DO ACORDO DE NÃO
PERSECUÇÃO PENAL

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

Professor orientador:

Nelson C. Tavares Junior.

Ubirajara da Fonseca Neto.

Rio de Janeiro
2021

A POSSÍVEL ALTERAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO PARA O SISTEMA NEGOCIAL COM O ADVENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Gustavo Armando Nigri

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – O sistema processual penal brasileiro, tradicionalmente caracterizado como acusatório, vem sofrendo alterações na sua estrutura em razão da incorporação de institutos consensuais de solução do conflito penal. Em especial o acordo de não persecução penal, positivado pela Lei nº 13.964/2019, trouxe uma mudança radical na forma como deve se encarar o processo penal e uma releitura do princípio da obrigatoriedade da ação penal. A essência desse trabalho é demonstrar a possível migração do sistema acusatório para o negocial.

Palavras-Chave - Direito Processual Penal. Acordo de não persecução penal. Tipos de sistemas processuais penais. Princípios da ação penal pública.

Sumário – Introdução. 1. O histórico dos sistemas processuais penais brasileiros, suas deficiências e a possível solução pelo Pacote Anticrime. 2. Características do Acordo de Não Persecução Penal em confronto com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3. Aproximação do sistema processual penal Acusatório brasileiro com o sistema negocial/adversarial americano (*plea bargaining*) em razão da regulamentação do acordo de não persecução penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do acordo de não persecução penal, analisando as características jurídicas que compõem o instituto na atuação dos órgãos de acusação e de defesa para buscar uma resposta penal mais efetiva pelo Estado e a repercussão social no aumento das possibilidades de atuação do réu no processo penal. Somado a isso, exalta-se as consequências sociais favoráveis decorrente do instituto, tal como da diminuição do encarceramento. Almeja o confronto com a dogmática dos sistemas processuais penais, na tentativa de enquadrá-lo em um determinado sistema jurídico.

Objetiva-se analisar a regulamentação legal do acordo de não persecução penal e discutir se ocorreu uma mudança do sistema processual penal acusatório para o sistema processual negocial/adversarial, tendo em vista que as suas características se aproximam deste último. Para isso, abordam-se os posicionamentos doutrinários a respeito do tema.

Com a Resolução nº 181 CNMP, foi normatizado pela primeira vez no Brasil uma forma de negociação entre as partes do processo penal através do acordo de não persecução

penal. A referida resolução foi muito criticada pela forma em que foi inserida no arcabouço normativo, uma vez tratar-se de assunto relacionado ao direito processual penal, o qual a Constituição Federal de 1988 exige lei sentido estrito.

A Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013, que regulamenta as regras penais e processuais penais sobre organização criminosa trata superficialmente do tema em apenas um parágrafo do artigo 3º.

O Código de Processo penal foi alterado para regulamentar genericamente o tema através da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, o que sanou o problema do veículo normativo e também trouxe novidades no conteúdo do acordo.

Diante da nova regulamentação a doutrina intensificou os questionamentos a respeito da manutenção ou alteração do sistema processual penal vigente, tendo em vista as novas características do instituto, pairando a dúvida se o sistema processual penal acusatório, até então majoritariamente adotado no Brasil, foi alterado para o sistema processual negocial/adversarial, típico do direito norte americano (*PleaBargaining*).

Para uma melhor compreensão do tema, busca-se analisar as características do referido instituto, pois este é um fator determinante para a caracterização do tipo de sistema processual adotado por um país. Ademais, verifica-se que, com a Lei nº 13.964/19, foi alterada toda a dinâmica da persecução penal no Brasil, diante da possibilidade do órgão acusador promover verdadeira negociação com acusado, o que aproxima do sistema negocial/adversarial. No entanto isso seria suficiente para caracterizar todo o processual penal brasileiro dessa forma?

Inicia-se o primeiro capítulo com a história e a comparação entre as diferentes características dos sistemas processuais penais, identificando e apontando qual é o sistema majoritariamente adotado no Brasil, segundo a doutrina nacional.

Segue-se analisando o princípio da obrigatoriedade da ação penal e a sua aplicação. Junto a isso, estuda-se a regulamentação legal do acordo de não persecução penal introduzido pela Lei nº 13.964/19. Verifica-se também as diferenças existentes entre a antiga regulamentação dada pela Resolução nº 181 do CNMP.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de o acordo de não persecução penal ter realizado uma alteração no sistema processual penal brasileiro, passando a adotar o *PleaBargaining*, próprio do Direito Norte americano.

A pesquisa será desenvolvida pelo método comparativo e analítico, uma vez que o pesquisador pretende analisar as mudanças legislativas trazidas pela Lei nº 13.964/19, e analisar uma possível identidade com o ordenamento jurídico de países que adota a escola da

Common Law, buscando argumentar que ocorreu uma modificação na forma de condução do processo penal pelos sujeitos participantes, em especial entre autor e réu.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar sua defesa.

1. O HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS BRASILEIROS, SUAS DEFICIÊNCIAS E A POSSÍVEL SOLUÇÃO PELO PACOTE ANTICRIME

O ordenamento jurídico brasileiro filiou-se à escola do *Civil Law* e, portanto, diferentemente do *Common Law*, é vigorosamente influenciado pelo princípio da legalidade, o que acarreta diversas consequências no sistema jurídico nacional, dentre elas a tradicional impossibilidade de permitir ao réu do processo penal negociar a sua pena. A pena é uma resposta estatal para a conduta criminosa, e sendo do Estado a titularidade exclusiva de impor sanções, a sua regulamentação se dá por normas imperativas e de caráter público. No entanto, essa premissa sofreu impacto com a positivação do Acordo de não persecução penal pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019¹.

O Acordo de não persecução penal é instituto próprio de um sistema processual penal em que as partes possuem maior liberdade para negociação processual, não sendo recorrentemente analisado pela doutrina pátria, uma vez que sempre fugiu da realidade brasileira. Esse cenário começa a mudar com recentes alterações legislativas. Estudiosos que se debruçavam apenas sobre o sistema inquisitório e acusatório, cuja aplicação se alternou na legislação brasileira durante o último século, passaram a realizar uma análise mais profunda sobre outros sistemas penais.

Segundo Auri Lopes Jr² “na história do Direito se alternaram as mais duras opressões com as mais amplas liberdades. (...) Os sistemas processuais inquisitivos e acusatórios são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado à época”.

Explica o referido autor³ a predominância do sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em

¹BRASIL. 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: 25 abr. de 2021.

² LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. V.1. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 57.

³Ibid., p. 58.

contrapartida, o sistema inquisitório predomina em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Em uma abordagem histórica, Lopes⁴ afirma que o processo penal canônico contribuiu definitivamente para delinear o modelo inquisitório. A igreja se valeu de um direito divino para realizar perseguições e com isso manter seus dogmas vigentes, ao arrepio de qualquer proteção humanitária.

No entanto, com o passar do tempo, especialmente com o advento dos ideais da Revolução Francesa, o sistema inquisitivo teve abrandado seus traços cruéis. O povo, em especial a burguesia, não tolerava a opressão das Monarquias absolutistas, fazendo surgir as ideias Iluministas que, posteriormente, tiveram seus postulados introduzidos nas ciências jurídicas. O direito natural foi trazido de volta à tona pelos pensadores, a fim de justificar a ilegitimidade das atuações desumanas da Igreja⁵.

Atualmente, o sistema inquisitivo perdura parcialmente e com diferentes funções. Não se vislumbra mais a mesma opressão de outrora, passando a ser usado como uma forma de viabilizar a atuação estatal, em especial na investigação pré-processual, mas sem ferir a dignidade humana. Tem como características a possibilidade do juiz acusar e julgar no mesmo processo, o acusado ser tratado como mero objeto de investigação (não é considerado sujeito processual com direitos e garantias) e a ausência de uma defesa efetiva. Superado na maioria dos ordenamentos jurídicos, apenas alguns resquícios desse sistema permanecem, tal como a possibilidade do juiz buscar provas e realizar prisões de ofício⁶ em determinadas hipóteses.

Já a origem do sistema acusatório remonta, ao Direito Grego⁷, quando se desenvolveu referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação. Inicialmente a acusação era feita por particular, e posteriormente poderia ser feita por qualquer um do povo. Suas características, opostamente ao que se verificou no sistema inquisitivo, sempre foram no sentido de tutelar aquele que participa de um processo criminal, impedindo arbitrariedades estatais.

⁴Ibid., p. 64.

⁵LOPES, Marcos Vinícius Pimenta. *As matrizes do processo penal e suas origens*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/as-matrizes-do-processo-penal-e-suas-origens/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁶Ibid., p. 66.

⁷Ibid., p. 58.

No entanto, ainda assim se mostrou ineficaz e injusto, uma vez que não existia um órgão estatal com a função de acusar, e sendo a sociedade dividida em classes, os menos favorecidos não possuíam condições de promover a ação penal⁸.

No âmbito do direito brasileiro, o Art. 129, inciso I da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988⁹ é o fundamento para sustentar a adoção do sistema acusatório, uma vez que atribui ao Ministério Público a função de promover privativamente a ação penal pública. Argumenta-se que a diferenciação entre o órgão incumbido da acusação penal e o órgão que julga é a característica base do sistema acusatório, que o diferencia, essencialmente do sistema inquisitivo. Separam-se as funções de acusar, defender e julgar, por isso fala-se em um processo de partes¹⁰.

Ademais, as leis processuais penais brasileiras evidenciam a adoção do sistema acusatório ao distanciar o juiz da investigação penal, da atuação probatória e de atuar sem provocação das partes.

Frente ao estabelecido na Constituição brasileira e no arcabouço legislativo criminal, a maioria da doutrina afirma a adoção do sistema acusatório no Brasil.¹¹

Auri Lopes Jr¹² é enfático ao dizer que:

o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um objeto para assumir sua posição de parte passiva do processo penal.

Em decorrência dos postulados do sistema acusatório, o juiz deve permanecer inativo, deixando às partes a atuação no processo. Diante da imposta inércia do julgador se verifica um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que estas possuem o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige uma maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais do Direito que atuam no processo penal¹³, o que nem sempre ocorre, sendo comuns processos rasos em matéria probatória, que não fornecem base para um julgamento seguro.

Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade probatória incompleta o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética do processo, possibilitando uma maior

⁸Ibid., p 105.

⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹⁰LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2017, p.05.

¹¹LOPES, op. cit., p. 61.

¹²Ibid.

¹³LOPES, op. cit., p. 61.

aproximação entre as partes, que podem colaborar para uma solução conveniente do processo. Nesse contexto que surgem os institutos da transação penal, suspensão condicional do processo, os acordos de colaboração premiada e posteriormente o acordo de não persecução penal.

O Estado possui um serviço público de acusação, que é o Ministério Público, que atuará como titular da ação penal pública e denunciará o investigado quando presente o suporte probatório mínimo¹⁴. No entanto, nem sempre o processo é a melhor opção de reprimenda penal.

A realidade demonstra uma constante insuficiência probatória nos processos penais, o que dificulta a atuação do juiz. Junto a isso se verifica uma ineficácia das políticas criminais de combate ao crime e uma excessiva população carcerária, tudo isso fez com que o legislador buscasse alternativas mais eficientes para o processo penal brasileiro.

Foi na experiência Norte-Americana que percebeu a existência de um sistema processual adversarial/negocial, paralelo aos já citados. Este é próprio dos países da *Common Law*, e possui traços do sistema acusatório (como a separação na função de acusar e julgar), porém é visto como um conflito entre o Estado e o acusado. O Ministério Público é opositor do acusado, possuindo o compromisso com a condenação, descartando a ideia da *Civil Law* em que o Ministério Público atua como “magistratura”, na visão de Douglas Fischer¹⁵.

No processo penal adversarial existe uma ampla possibilidade de negociação entre o membro do Ministério Público e o réu sobre o resultado do processo, havendo, em regra, a negociação da pena. Isto vem sendo incorporado gradativamente no processo penal brasileiro, uma vez que, com a alta criminalidade e a ineficácia das políticas criminais, uma saída para o problema é implantar uma justiça penal mais pautada no consenso entre as partes. Com isso, não é necessário uma grande produção probatória e seria possível diminuir o número de prisões por crimes menos graves e aumentar as condenações de criminosos de colarinho branco, pois muitas vezes, a única forma disso ocorrer é através de delações de partícipes. Nesse diapasão que se coloca a colaboração premiada, onde o réu oferece provas para a investigação e o Ministério Público oferece benefícios penais em troca.

É nesta linha de pensamento que o presente trabalho objetiva verificar a possibilidade de o Direito brasileiro, aberto a influências cosmopolitas, começar a migrar para um sistema adversarial/negocial. A Lei nº 13.964/19¹⁶, ao instituir o Acordo de Não Persecução Penal,

¹⁴Ibid.

¹⁵ FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico, 2016, p. 51.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

possibilitou ao Ministério Público deixar de denunciar o investigado/réu e acordar com este o cumprimento de condições não prisionais, trata-se de uma atuação consensual entre as partes do processo.

A ineficácia jurídica e social do modelo processual vigente levou o legislador a buscar uma alternativa. O acordo parte da premissa de que é ilusória ambição tradicional de denunciar a todos os infratores, sob pena de inviabilizar todo o sistema processual brasileiro. Está inserido no contexto da descaracterização de crimes menos significantes e na busca pelo afastamento na seletividade da criminalização.

Ademais, não foi este o primeiro instituto brasileiro a trazer a ideia de negociação entre as partes do processo. A transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos na Lei nº 9.099/95 já trabalhavam com a discricionariedade regrada do Ministério Público. A Lei nº 12.850 de 2013¹⁷ tipificou a possibilidade do acordo de colaboração premiada para o crime de organização criminosa e para Brasileiro¹⁸, o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.529 de 2011¹⁹ e o parcelamento do débito tributário (Art. 83,§2º, Lei nº 9.430/96)²⁰ também são exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Salta aos olhos que o Acordo de Não Persecução Penal, por ser inserido no Art. 28-B do Código de Processo Penal²¹ não é limitado a determinado tipo penal, ou seja, é instituto de ampla aplicação às infrações penais.

Por outro lado, o conceito de Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, típico do sistema acusatório, está enraizado na doutrina brasileira, o que torna mais penoso a negociação das partes envolvidas no processo penal, visto que vozes se levantam para defender a imperatividade da ação penal, sem oportunidade para exceções.

Ademais, foi diante da ineficácia jurídica e social do modelo processual já em utilização levou o legislador a buscar uma alternativa. O acordo parte da premissa de que é ilusória ambição tradicional de denunciar a todos os infratores, sob pena de inviabilizar todo o sistema processual brasileiro. Está inserido no contexto da descaracterização de crimes menos significantes e na busca pelo afastamento na seletividade da criminalização.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹⁸ LIMA, op. cit., p. 236.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

²¹ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

2. AS CARACTERÍSTICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

O Acordo de não persecução penal tem a sua gênese na Resolução Nº 181 de 2017 do CNMP²², que passou a nortear a atuação dos promotores de justiça de atuação na seara criminal. Não obstante a nobre intenção, o acordo não contava com uma regulamentação legislativa formal, o que gerou questionamentos acerca da sua validade e uma baixa aplicação nas varas criminais.

Posteriormente, a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013²³ ao tratar da colaboração premiada, forma especial de investigação para o crime de organização criminosa, estabeleceu, no parágrafo 4º do artigo 4º, a possibilidade do Ministério Público não denunciar o investigado/réu. Trata-se do acordo de imunidade ainda em vigor para os crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas.

Percebe-se um avanço na regulamentação da matéria, uma vez que o referido acordo foi veiculado através de lei, afastando-se a crítica realizada na Res. Nº 181 do CNMP²⁴.

Entretanto, o acordo de imunidade não foi inserido dentro do Código de Processo Penal, mas sim em legislação especial, sendo limitado às infrações penais cometidas no âmbito de organizações criminosas.

No ano de 2019, seguindo a tendência de concretizar um direito penal menos invasivo para delitos considerados ordinários e mais severos para a criminalidade de escritório, o Governo de Jair Bolsonaro, contando com a participação do ex-juiz Sergio Moro como Ministro da Justiça editou o Pacote Anticrime, que inseriu o acordo de não persecução penal no Art. 28-A do Código de Processo Penal²⁵, possuindo ampla regulamentação e aplicação para qualquer delito que se enquadre nos requisitos legais.

Foram estabelecidos diversos requisitos a serem observados para a obtenção do referido acordo, evidenciando que o objetivo não é a impunidade, mas sim uma diferente forma de reação do Estado diante de uma infração penal.

²² BRASIL. *Resolução nº181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em: 10 de jun. 2021.

²³ BRASIL, op. cit., nota 17.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 22.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 21.

O art. 28-A do Código de Processo Penal²⁶ que estabelece sobre os pressupostos e condições para viabilizar a proposta do acordo de não persecução penal, dispõe da seguinte forma:

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: [...].

O instituto possui natureza jurídica de negócio jurídico extrajudicial²⁷, necessariamente homologado pelo juiz competente e celebrado entre o Ministério Público e o réu assistido por advogado. Ou seja, o Ministério Público propõe o acordo ao invés de deflagrar a ação penal acusatória. Neste ponto se verifica uma aparente contrariedade ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois não há uma discricionariedade do promotor em denunciar ou não.

Percebe-se que o Acordo possui alicerce no princípio da oportunidade da ação penal, uma vez que o Ministério Público deixa de denunciar o indivíduo mesmo havendo indícios do cometimento de um crime. Em contrapartida, são tomadas medidas para a compensação da vítima, para retribuição menos invasiva do autor pelo fato e a ressocialização do indivíduo.

A positivação do Acordo foi uma quebra de paradigma no processo penal, uma vez que se permite a aplicação do princípio da oportunidade para a ação penal pública, que tradicionalmente sempre foi restrito à ação penal privada.

A doutrina²⁸ explica que o Art. 129 da Constituição da República Federativa do Brasil²⁹ instituiu o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e atribuiu a sua titularidade ao Ministério Público. O texto constitucional é escrito no imperativo, de forma que presentes no caso concreto o suporte probatório mínimo, não possui o *parquet* discricionariedade sobre a denúncia.

Para Auri Lopes³⁰, a obrigatoriedade pode ser extraída do caráter imperativo do Artigo 24 do CPP³¹, e encontra sua antítese nos princípios da oportunidade e conveniência

²⁶ Ibid.

²⁷ LIMA, op. cit., p. 804.

²⁸ Ibid., p. 05.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 9.

³⁰ LOPES, op. cit., p. 369.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 21.

que permitem ao órgão acusador ponderar a partir de critérios de política criminal e com ampla discricionariedade sobre a propositura ou não da ação penal.³²

Portanto, o acordo de não persecução penal é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, legitimamente inserida no ordenamento jurídico através de lei e com a finalidade de continuar uma alteração na política de combate à criminalidade.

Trata-se de uma significativa modificação da atuação estatal, pois o requisito objetivo do acordo possibilita sua maior incidência na prática, visto que se aplica ao crime com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos de prisão, não estando restrito aos crimes de menor potencial ofensivo.

Isso evidencia a intenção do legislador de diminuir o direito penal de enfrentamento, reservando-o apenas para os crimes com altas penas e cometidos com violência.

Desta forma percebe-se que cada vez mais o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é deixado de lado na ordem jurídica brasileira. A mudança tem base em uma política criminal que permite a aplicação de medidas punitivas não carcerárias em substituição da pena de prisão.

A constatação da falibilidade do sistema baseado no cárcere foi um dos fatores que contribuiu para a busca de uma melhor solução no combater as condutas desviadas. Diante dessa perspectiva, a justiça restaurativa parece orientar as recentes alterações legislativas, sendo voltada, conforme Natacha Alves de Oliveira³³, no sentido de restabelecer o *status quo ante* dos protagonistas do conflito criminal através da composição de interesses entre as partes envolvidas no conflito e a reparação do dano sofrido pela vítima mediante um consenso, sem haver necessariamente a prisão como retribuição.

É certo que os institutos que compõem o ordenamento jurídico contribuem para a classificação do sistema processual penal adotado. O sistema norte-americano adversarial é originariamente composto por normas que possibilitam uma flexibilidade da ação penal para haver uma negociação entre as partes. O direito penal brasileiro foi concebido para o binômio acusatório e inquisitivo, ou seja, o órgão de acusação (ou o julgador em casos excepcionais e durante a fase processual) é obrigado a atuar diante do cometimento de uma infração penal.

No entanto, as características do novo acordo de não persecução penal e sua amplitude acarretam numa aproximação com o sistema processual adversarial/negocial,

³²Art.24.Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.³²

³³ OLIVEIRA, Natacha Alves de. *Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2021, p. 230.

afastando do tradicional sistema acusatório e a sua obrigatoriedade processual. Diante do exposto seria possível afirmar que, com a positivação do acordo de não persecução penal o direito brasileiro adotou o sistema o adversarial?

3. A APROXIMAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO COM O SISTEMA NEGOCIAL/ADVERSARIAL AMERICANO (*PLEA BARGAIN*) EM RAZÃO DA REGULAMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Tardamente em relação ao direito comparado, na década de 90, percebeu-se o início de uma tendência do legislador pátrio em inserir institutos despenalizadores e descaracterizadores no ordenamento jurídico, caminhando no sentido de um direito penal mínimo.

O fortalecimento dos estudos da criminologia como uma ciência empírica e seus resultados estatísticos são determinantes para direcionar a política criminal de um país no controle da criminalidade. A orientação em vigor durante o início do século XX que optou por um ordenamento jurídico mais rigoroso se mostrou deficiente no combate à criminalidade. O Direito penal da Lei e da Ordem não diminuiu a criminalidade de rua e não inibiu os crimes mais violentos, gerando um inchaço no sistema carcerário e gastos estatais.

Diversos institutos surgiram nesse contexto para mudar os rumos da resposta estatal e iniciar uma justiça penal restaurativa, tal como a transação penal e a composição civil dos danos dispostas na Lei nº 9.099/95³⁴. No entanto, o acordo de não persecução penal, foi além. Não apenas substituiu o encarceramento por medidas alternativas à prisão e buscou o ressarcimento da vítima, mas também permite uma maior liberdade de negociação entre o agente estatal e o particular, o que levantou o questionamento sobre a aproximação do sistema brasileiro com o adversarial norte americano.

A ampliação do espaço de consenso no sistema jurídico é considerada necessária pela doutrina.³⁵ Com o acordo de não persecução penal o Ministério Público e o réu podem dispensar todo o trâmite processual e optar por um procedimento abreviado, visto que sequer haverá denúncia imputando crime pelo órgão de acusação.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁵ LOPES JR, Aury. *Adoção do plea bargaining no “projeto anticrime”*: *remédio ou veneno*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimere-medio-ou-veneno>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

Uma vez cumprido o acordo, ocorre a extinção da punibilidade, não constando qualquer anotação nos antecedentes do suposto autor do fato. Ou seja, a perseguição penal termina sem que seja instaurado formalmente um processo criminal, colocando a figura do magistrado em segundo plano e conferindo protagonismo às partes.

Vale lembrar que o Art. 28-A, do Código de Processo Penal³⁶ determina que o juiz homologue o acordo em audiência especialmente designada, quando analisará os aspectos formais, a voluntariedade e a adequação das medidas impostas ao acusado para a reprovação e prevenção do crime. Isto não judicializa o acordo, apenas permite um controle que evita desvios indesejados.

Da mesma maneira ocorre com o *plea bargain*, que é o instituto norte americano determinante para identificar a adoção do sistema processual penal estadunidense como negocial/adversarial.

Conforme Fontes³⁷, é instituto com origem no citado país, se desenvolveu a partir do século XIX e evidencia um acordo realizado entre as partes, em que a acusação oferece uma proposta de alteração da tipificação criminal, redução da pena ou reduzir os crimes imputados na denúncia. A ideia principal é que o acusado possa receber uma retribuição penal mais branda da que teria caso fosse submetido a um julgamento pelo juiz togado.

Marques³⁸, sobre o *plea bargain*, afirma que:

[...] a sua utilização trás benefícios para ambas as partes, garantindo a condenação, evitando altos gastos estatais com os julgamentos, diminuindo a quantidade de casos nas cortes, possibilitando a concentração dos acusadores em casos mais complexos e ainda faz com que o réu deixe de passar pelo constrangimento de um julgamento, não precisando pagar as despesas do processo, e estabelece uma pena mais leve.

Isso porque se trata de um negócio jurídico extrajudicial entre acusação e acusado que é firmado no cenário privado, sem a participação decisiva do juiz.

Os avanços legislativos brasileiros, seguindo ao desejo de controle social, que é um dos objetos da criminologia como ciência empírica³⁹, chegou a um atual estágio do ordenamento jurídico com grandes semelhanças ao *plea bargain*, o que evidencia a aproximação do processo penal brasileiro com o sistema adversarial.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 21.

³⁷ FONTES, Lucas Cavalheiro. *Plea bargain: O que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico pode implementá-lo?*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72872/plea-bargain-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁸ MARQUES, Murilo. *Os perigos do plea bargain no Brasil*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643/os-perigos-da-plea-bargain-no-brasil>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 17.

Não obstante, não se pode negar que também existem distanciamentos. O acordo de não persecução penal positivado pelo Pacote Anticrime não exige a colaboração do acusado com as investigações, imposição esta que é da essência do *plea bargain*.

No entanto, outras leis nacionais determinam a contribuição do acusado na solução do crime como pressuposto da negociação entre as partes. Tal ocorre com a lei de repressão às organizações criminosas que disciplina a figura do acordo de colaboração premiada e possibilita o não oferecimento da denúncia quando o colaborador não for o líder da organização e for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

O acordo de não persecução penal realizou uma alteração substancial no modo pelo qual ocorre a persecução criminal, e, somado às demais leis que já tratavam do tema especificamente para certos crimes, adotou-se uma dinâmica de consenso nunca experimentada no ordenamento brasileiro. A jurisdição de conflito vem sendo substituída por uma jurisdição consensual, assim como ocorre no direito norte americano.

Ao positivar o acordo no bojo do Código de Processo Penal, o Pacote Anticrime ampliou o alcance da justiça negociada para os crimes em geral e desta forma operou uma alteração consonante as exigências dos direitos fundamentais, buscando garantir uma justiça mais eficaz.

Ocorreu uma mudança de paradigma, pois a negociação passou a ser a regra para os crimes com pena mínima inferior a 4 anos, o que representa grande parte das infrações. Essa constatação se mostra primordial para a caracterização do sistema processual penal de um Estado.

Vale ressaltar que essa alteração não deve necessariamente atrair um olhar crítico. A adoção de institutos que negociam a aplicação de sentença criminal não é novidade em países regidos pela *Civil Law*. Segundo Brandalise⁴⁰, o *Absprachen* do direito alemão é utilizado informalmente desde a década de 70 e positivado em 2009, bem como o *Patteggiamento* do direito italiano aplicado desde 1981.

Atualmente, é difícil encontrar um sistema processual penal puro. A ciência jurídica é cosmopolita por natureza, sofrendo influência dos mais diversos ordenamentos jurídicos, o que resulta em uma mistura de leis e costumes. Portanto, é a preponderância de características de determinado instituto o que define a categorização do sistema como inquisitório, acusatório ou negocial/adversarial. Dessa forma, o influxo da justiça consensual ianque inegavelmente gera reflexos no processo penal brasileiro.

⁴⁰ BRANDALISE apud FONTES, op. cit. 2019.

CONCLUSÃO

O direito processual penal brasileiro está sofrendo um processo de ressignificação, dado a crescente utilização de institutos consensuais, que sempre foram próprios de países que adotam a *Common Law*. Em tempos de globalização, é inegável a influência do direito comparado e a reprodução de práticas bem-sucedidas pelo legislador pátrio. Disto desaguou na adoção de soluções alternativas ao processo, diminuindo a imposição de penas privativas de liberdade como forma de resposta à infração penal.

Os juizados especiais criminais, à época de sua positivação, causaram uma revolução no dia a dia do Poder Judiciário. Foram necessárias mudanças estruturais tal como a implantação de varas especializadas, contratação e capacitação de pessoal e, atualmente, é responsável pela resposta estatal a grande parte dos delitos, utilizando-se da justiça restaurativa, que busca o ressarcimento da vítima através de um consenso entre as partes e o Ministério Público. Alguns anos depois, buscando maior efetividade no combate à criminalidade organizada, outras normas complementaram a nascente justiça negocial brasileira, como a já citada Lei nº 12.850/13.

O tenro acordo de não persecução penal foi pouco empregado na prática forense, justamente pela sua contemporaneidade. Poucas são as jurisprudências firmadas sobre o assunto, apesar da grande teorização doutrinária. Desta forma, a sua futura e reiterada utilização pelos atores processuais vai ajudar na compreensão da dimensão da reforma trazida pelo instituto ao Direito brasileiro.

Nesta perspectiva de sucessão de leis consensuais que o ordenamento processual brasileiro, tradicionalmente direcionado para o conflito entre as partes, ganha contornos característicos de um sistema consensual, passando a permitir um diálogo entre o acusado e o órgão de persecução. No entanto, estas alterações não foram acompanhadas por relativizações de institutos adjacentes a muito aplicados pela doutrina pátria. A ausência desta alteração legal acarreta dúvidas na legitimidade e aplicação das inovações, mas através de um trabalho de interpretação pelos aplicadores do direito é possível superar tais empecilhos, tal como deve ocorrer com a compulsoriedade da ação penal pública.

Não se pode dizer que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública seja um obstáculo intransponível para a afirmação de que o sistema processual penal acusatório, tradicionalmente encampado pela doutrina brasileira, foi substituído pelo sistema consensual/negocial. Isto porque o conceito clássico do referido princípio, no sentido de que

aos órgãos de persecução criminal não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir sobre sua atuação ou não, vem sendo a muito refutado.

Hodiernamente, extrai-se do princípio da obrigatoriedade a impossibilidade do Ministério Público, sem justa causa, abster-se de dar uma resposta às investigações criminais viáveis. Existe o dever de agir, mas a forma de seu exercício não é única. Ao órgão de acusação, frente um suporte probatório mínimo, são dadas opções diferentes para agir, inclusive uma atuação consensual, que pode constituir a resposta mais efetiva e célere ao caso concreto. Agindo desta forma não estará violando o mandamento constitucional da persecução criminal.

Desta forma, frente aos diversos institutos já incorporados no processo penal brasileiro, pode-se afirmar que, em alguma medida, o sistema processual pátrio ostenta características negociais. Esta mudança decorre da opção por uma política criminal despenalizadora, que é gradualmente implantada no Brasil.

Esta nova opção é uma preferência política legítima e, portanto, o Ministério Público, como principal órgão de acusação penal, deve perceber que sua atuação não é mais unidirecional, ou seja, não se dirige apenas para o conflituoso processo penal.

Ademais, outros aspectos são levados em consideração antes da escolha legislativa. Na política criminal, diferentemente do direito penal, existe uma abrangência macro, de forma a alcançar outros objetivos considerados relevantes pelo Poder Público, tal como a maior concentração na repressão de crimes mais graves, a diminuição da população carcerária e a satisfação da vítima. Diminui-se a política de punir qualquer desvio criminoso.

Desta forma, percebe-se que o acordo de não persecução penal é utilizado para suprir deficiências do sistema acusatório, visto que este não permite qualquer espaço para o diálogo entre as partes e impõe o oferecimento da denuncia com a consequente sujeição do réu a um longo processo judicial.

Ao mesmo tempo, o Pacote Anticrime não extirpou por completo o sistema acusatório. Suas características ainda estão presentes nos casos em que não for possível um consenso, visto que persiste o afastamento do juiz de qualquer atividade persecutória e a obrigatoriedade de uma atuação pelo órgão de acusação, que nem sempre vai se resumir no oferecimento da denuncia.

Logo, a positivação do acordo de não persecução penal, apesar de promover uma alteração na estrutura processual, não adotou de forma plena um sistema negocial/adversarial no Código de Processo Penal, principalmente porque o acordo de não persecução possui

limites na sua aplicação, em especial ser voltado apenas para crimes cuja pena mínima não excede a 4 (quatro) anos.

Portanto, à guisa de conclusão, pode-se afirmar que o sistema processual brasileiro é fruto de uma evolução histórica e gradual, sendo alterado conforme os ditames da política criminal, criminologia e o direito penal da época. Diferentes características foram brotando com o passar do tempo e, atualmente, é um misto de tantos outros sistemas, inclusive sofrendo influência da escola do *Common Law*, cuja gênese é bem diferente da *Civil Law* adotada pela Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. *DECRETO-LEI n° 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. *Lei n° 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei n° 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei n° 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei n° 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. *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: 25 abr. 2021.

FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico. 2016.

FONTES, Lucas Cavalheiro. *Plea bargain: O que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico pode implementá-lo?*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72872/plea-bargain-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2017.

LOPES JR, Aury. *Adoção do plea bargaining no “projeto anticrime”*: remédio ou veneno. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, Marcos Vinícius Pimenta. *As matrizes do processo penal e suas origens*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/as-matrizes-do-processo-penal-e-suas-origens/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

MARQUES, Murilo. *Os perigos do plea bargain no Brasil*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643/os-perigos-da-plea-bargain-no-brasil>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

OLIVEIRA, Natacha Alves de. *Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2021.