20, n. 2, 2011. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/SSR/article/download/2431/2139>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

SILVA, Sabrina Lima. Mulheres e criminalidade: aspectos de uma inclusão enviesada. *Revista Transgressões: ciências criminais em debate*, Natal, RN, v. 5, n. 2, out. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/download/13014/8914>>. Acesso em: 19 maio 2018.

SOUZA, Simone Brandão. Criminalidade feminina: trajetórias e confluências na fala de presas do Talavera Bruce. *Democracia viva*, [S.l.], n. 33, out./dez. 2006. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/dv33_artigo2.pdf>. Acesso em: 19 maio 2018.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VERDÉLIO, Andreia. Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. In: *Agência Brasil*, Brasília, 08 dez. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WOLFF, Maria Palma *et al.* *Mulheres e Prisão: a experiência do observatório de direitos humanos da penitenciária feminina Madre Pelletier*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

XAVIER, Thays Valeska Dias. *Mulher criminosa: peculiaridades no encarceramento. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação): Curso de Direito, Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA, Caruaru, 2016*. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/963/1/Monografia%20-%20Thays%20Xavier%20ok.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO ENTRE GARANTISMO E A EFICIÊNCIA

CRIMINAL FAILURE AGREEMENT: THE NEED FOR BALANCE BETWEEN GUARANTEE AND EFFICIENCY

Natália Coppini

Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina
Pós-Graduada em Ciências Criminais no Complexo de Ensino Renato Saraiva
<http://lattes.cnpq.br/1603625115934828>
<https://orcid.org/0000-0001-8310-0952>
natalia_coppini@hotmail.com

Recebido: 14.09.2020

Aprovado: 02.11.2020

RESUMO: O presente artigo tem como pressuposto a análise geral da lei nº 13.964/19, que consagrou o sistema acusatório no processo penal brasileiro (CPP, art. 3-A) e implementou o acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A), averiguando a (in)compatibilidade do acordo penal com o modelo processual brasileiro (acusatório), numa geral visão do instituto. Busca-se com o artigo verificar os pontos favoráveis e contrários a implementação do acordo penal no ordenamento jurídico brasileiro, mas principalmente, analisá-lo à luz do sistema acusatório, sob o aspecto de resguardo dos direitos e garantias do Investigado. No artigo realizou-se uma breve análise dos sistemas processuais penais, a evolução da negociação penal no Brasil, os aspectos favoráveis e contrários da implementação do acordo, com ênfase na necessidade do equilíbrio entre a eficiência e o respeito aos direitos e garantias individuais do investigado.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote anticrime. Acordo de não persecução penal. Sistema acusatório. Processo penal. Estado democrático de direito. Direitos e garantias do Investigado.

ABSTRACT: This article assumes the general analysis of Law No. 13.964 / 19, which enshrined the accusatory system in the Brazilian criminal process (CPP, art. 3-A) and implemented the non-prosecution agreement (CPP, art. 28-A), ascertaining the (in) compatibility of the penal agreement with the Brazilian procedural model (accusatory), in a general view of the institute. The article seeks to verify the favorable and contrary points to the implementation of the penal agreement in the Brazilian legal system, but mainly, to analyze it in the light of the accusatory system, under the aspect of safeguarding the rights and guarantees of the Investigated. The article carried out a brief analysis of the criminal procedural systems, the evolution of criminal negotiations in Brazil, the favorable and opposite aspects of the implementation of the agreement, with an emphasis on the need to balance efficiency and respect for the individual rights and guarantees of the investigated.

KEYWORDS: Anti-crime package. Non-criminal prosecution agreement. Accusatory system. Criminal proceedings. Democratic state. Rights and guarantees of the Investee.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Dos sistemas processuais penais. 3. A negociação penal no Brasil. 4. Do acordo de não persecução penal. 5. Das vantagens do acordo de não persecução penal. 6. Dos aspectos contrários ao acordo de não persecução penal. 7. Da necessidade de equilíbrio entre o garantismo e a eficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A criminalidade é uma das maiores questões de políticas públicas debatidas no atual cenário brasileiro, pois ao longo dos anos nota-se um aumento dos crimes e a dificuldade do poder público em desenvolver medidas de contenção.

Conforme estatísticas apresentadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹⁰, no ano de 2018, as lesões seguidas de morte tiveram um crescimento de 12.3%, os homicídios um aumento de 12.3% e os casos de violência doméstica tiveram crescimento de 0.8%, todos comparados com o ano de 2017. E, de acordo com os dados do IPEA, na última década, o Brasil teve um aumento de 8,3% na taxa de homicídios de mulheres em residência¹¹.

A criminalidade faz com que o poder público busque medidas para sua contenção, pois, seu custo é alto. Conforme dados do IPEA, o custo da violência equivale a percentual do PIB gasto com educação:

Estimativas feitas por pesquisadores do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública mostram que as perdas do Brasil com a violência chegam anualmente a 6% do PIB (Produto Interno Bruto), ou aproximadamente R\$ 373 bilhões considerando valores de 2016. O valor é equivalente ao investido pelo Estado em educação (APLICADA, Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica, 2020)¹².

¹⁰ <https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>

¹¹ Em 2018, uma mulher foi assassinada no Brasil a cada duas horas, totalizando 4.519 vítimas. 30,4% desse número teriam sido feminicídios – alta de 6,6% em relação a 2017. Na última década, o país teve um aumento de 8,3% na taxa de homicídios de mulheres em residência (APLICADA, Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica, 2020). Fonte: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/26/atlas-da-violencia-2020-dashboard>

¹² <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/noticia/57/estudo-custo-da-violencia-equivale-a-percentual-do-pib-gasto-com-educacao>.

Desta forma, em razão do crescimento da criminalidade, o poder público busca alternativas, a citar o aumento das penas, porém, como resultado tem-se um cenário alarmante nas penitenciárias, que estão superlotadas e figuram como um bom exemplo de ineficiência estatal quanto a observância dos direitos e garantias dos reclusos e das funções sociais da pena, figurando um centro de opressão e de criminalidade.

Sob esse cenário, a justiça criminal brasileira apresenta grandes problemas como o encarceramento em massa e a lentidão da justiça penal.

O aumento da criminalidade também é responsável pela grande quantidade de processos e, como consequência, a demora do judiciário no julgamento e a incerteza da condenação, causando à população um sentimento de descredibilidade pela instituição. Não bastasse, as penitenciárias não cumprem a função ressocializadora da pena e após a reinserção do apenado no meio social este sofre com os efeitos de uma condenação judicial, gerando um círculo vicioso da criminalidade.

Foi sob este prisma, buscando uma nova forma de diminuir o encarceramento em massa e por soluções eficientes para o Judiciário, que nasceu o acordo de não persecução penal, introduzido pela lei nº 13.964/19 no art. 28-A do Código de Processo Penal¹³.

De acordo com Rogério Sanches Cunha:

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi criado, de forma pioneira e corajosa, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, mais precisamente através da Res. 1881/17, depois alterada pela Res. 1883/18, cujos contornos, em grande parte, foram repetidos no art. 28-A do CPP (CUNHA, Rogério Sanches, 2020).

¹³ CPP, 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 acordo de não persecução penal busca diminuir a “ineficiência estatal”, tendo como objetivos a diminuição da população carcerária, com a criação de políticas públicas voltadas para a redução das consequências da sentença penal, a velocidade no julgamento dos casos, “desinchando” o Poder Judiciário, proporcionando maior confiabilidade da população no sistema penal e, principalmente, reduzindo os custos do Estado.

Assim, o acordo penal busca apresentar ao investigado soluções alternativas, menos severas do que as constantes em uma sentença penal condenatória, prevendo, inclusive, a reparação dos danos à vítima, a qual ganhou vez no processo. Para o Estado, o acordo é a solução para o desinchaço da máquina estatal e redução dos custos, promovendo a resolução de casos de forma eficiente e célere, refletindo em uma resposta mais rápida aos anseios sociais e para o investigado é uma certeza de sua “pena”, garantindo a sua primariedade, sem que contra sua pessoa exista uma sentença condenatória.

Mas, para que o acordo tenha validade e seja um instrumento que respeite o devido processo legal, deve seguir os ditames da Constituição Federal de 1988, que resguarda vários direitos do Réu, a citar, o princípio da legalidade, do devido processo legal, da presunção da inocência, da proibição das penas cruéis, da duração razoável do processo, da imparcialidade do juiz, da proibição da tortura, logo, deve ser guiado pelo princípio do acusatório, assegurando ao investigado as garantias inerentes ao devido processo legal.

Dessa forma, o presente artigo fará uma breve análise do sistema processual brasileiro – inquisitório, acusatório e misto - e o histórico da negociação penal no Brasil, analisando as vantagens e desvantagens da implementação do instrumento no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, o ponto nevrálgico do artigo é a análise da (in)compatibilidade do acordo penal com o processo acusatório, especialmente, sobre o equilíbrio que deve existir entre a eficiência/ve-

locidade na resolução dos processos e o resguardo dos direitos e garantias do investigado¹⁴.

1. DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Os sistemas processuais penais se moldaram ao longo da história, de acordo com os anseios sociais, sendo reflexo da ideologia do Estado, liberatória ou punitiva. Quanto mais o Estado se aproxima da ideologia punitiva/autoritária, mais reduzidas são as garantias do Réu, aproximando-se do sistema inquisitório, por outro lado, quanto mais liberatório/democrático o Estado, maiores são as garantias conferidas ao Réu, aproximando-se do sistema acusatório.

O sistema acusatório predominou até o século XII e pressupõe a atuação passiva do Juiz, que não tinha relação com a atividade instrutória, tarefa está conferida às partes, a atividade de julgar e acusar ficam em pessoas distintas, não se admite a denúncia anônima e nem processo sem acusador legítimo e idôneo, há o tratamento igualitário entre as partes, via de regra o procedimento é oral, possui contraditório, é público e não há provas tarifárias. (LOPES JÚNIOR, 2012).

Segundo Geraldo Prado (2005, p. 295) o sistema acusatório é a ausência de subordinação entre as partes e o magistrado, afirma que: “é compreensão de que, se o juiz tem o poder de decidir, as partes têm o direito de participar do processo e cooperar no sentido de que se produza a melhor (mais justa) decisão possível”.

Mas a principal crítica do sistema acusatório é a questão da inércia do julgador, que seria a imposição de imparcialidade, o que faz com que o Juiz tenha que decidir pelo material trazido pelas partes, que muitas vezes pode ser defeituoso e incompleto. Diante da insatisfação do modelo acusatório, fez com que os juízes adentrassem cada vez mais na atribuição dos acusadores (LOPES JÚNIOR,

¹⁴ O Objetivo do artigo é apresentar uma visão geral do instituto sem se aprofundar na temática.

2017). Assim, com o passar do tempo e em virtude da evolução da criminalidade, o sistema acusatório passou a ser questionado, se seria suficiente para os anseios repressivos da sociedade¹⁵ (OLIVEIRA, 2014).

Diante da insatisfação com o modelo acusatório, principalmente pela insuficiência das provas trazidas pelas partes, o Estado percebeu que a atividade de persecução penal não podia ser deixada nas mãos dos particulares. A partir desse momento, o sistema inquisitório começou a ganhar forças e as mudanças de sistema foram ocorrendo ao longo do século XII até o XIV quando o sistema acusatório vai sendo substituído pelo inquisitório. (LOPES JÚNIOR, 2017).

O sistema inquisitório é marcado por inúmeras atrocidades, sendo a igreja católica a principal perscrutora das crueldades cometidas por esse sistema penal, pode-se dizer que era responsável por controlar a “verdade”. (OLIVEIRA, 2014). Foi durante o século XIII que se instaurou o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, com o objetivo de reprimir a heresia e tudo que fosse contrário aos princípios da Igreja Católica. Assim, o sistema inquisitório se baseou na intolerância da Igreja, que legitimou o combate a heresia a qualquer custo, usando de métodos de crueldade e tortura.

De acordo com (COUTINHO, 2015): “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólica na sua estrutura”.

O processo inquisitório era marcado pela busca da verdade real e tinha-se a confissão como a rainha das provas. O Acusado era visto não como um sujeito de direitos, mas sim como um objeto do processo, pelo qual, esse sistema se caracteriza por ser totalmente incompatível com os direitos e garantias previstas no texto constitucional (TÁVORA e ARAÚJO, 2020).

O sistema inquisitivo surgiu para atender os interesses da igreja católica, com o objetivo de que o poder repressivo estivesse

¹⁵ Historicamente, o sistema acusatório durou até o século XII, sendo, paulatinamente, substituído pelo sistema inquisitório, o qual prevaleceu até o final do século XVII (LOPES JÚNIOR, 2017).

centralizado, se realizasse de ofício e independente da manifestação do lesionado. De modo que o magistrado tinha a função de encontrar a verdade do investigado, marcado pela ausência de contraditório, publicidade e com “cartas marcadas”. (ROSA, 2017, p. 287).

Esse sistema predominou até o final do século XVII, início do século XIX, momento em que os postulados da Revolução Francesa repercutiram na espera do processo penal, removendo paulatinamente as características do modelo inquisitivo. Momento que coincide com a adoção dos Júris Populares e iniciou a transição para o sistema misto. (LOPES JÚNIOR, 2012).

Geralmente a doutrina classifica o processo penal brasileiro como misto, já que os sistemas acusatórios e inquisitivo são modelos históricos que não tem correspondência com a atualidade. O sistema misto, é marcado pelo modelo inquisitivo durante a fase pré-processual (inquérito) e na fase processual há adoção do modelo acusatório. (NUCCI, 2014).

Cabe ressaltar que, a Constituição Federal de 1988, mesmo que de forma implícita consagrou o sistema acusatório, sendo a eleição desse sistema uma decorrência natural do princípio democrático pelo Estado, especialmente diante reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, os quais devem orientar a elaboração e a aplicação das demais normas a partir de uma perspectiva acusatório do processo penal, bem como por força do art. 129, I, da CF/88, que deixa clara a separação das funções de acusar e julgar, outorgando a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público.

De forma a implementar explicitamente o sistema acusatório, a lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime), no artigo 3-A¹⁶, consagrou no modelo processual brasileiro o sistema acusatório, prevendo que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (CPP, art. 3-A).

¹⁶ O artigo 3-A do CPP foi suspenso pela decisão liminar do Ministro Luiz Fux, no julgamento cautelar das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

O sistema acusatório tem como premissas a atuação passiva do juiz – que não tem relação com a atividade instrutória, tarefa está conferida às partes -, a atividade de julgar e acusar ficam em agentes distintos, não se admite a denúncia anônima e nem processo sem acusador legítimo e idôneo, há o tratamento igualitário entre as partes, busca-se pela oralidade, marcado pelo contraditório, publicidade e ausência de provas tarifárias (LOPES JÚNIOR, 2012). Assim, o órgão de acusação não se confunde com a função de julgar.

Logo, o sistema acusatório reflete o moderno processo penal, pois assegura a imparcialidade do julgador, tratando o acusado como parte do processo penal, não como apenas um objeto, o que garante ao magistrado tranquilidade ao julgar (LOPES JÚNIOR, 2017).

Dessa forma, diante da consagração explícita do sistema acusatório (CPP, art. 3-A) como modelo de processo penal brasileiro, a negociação penal deve seguir os ditames do modelo acusatório, ou seja, a negociação penal deve ser um campo democrático, com ampla publicidade, respeitando o contraditório, com a liberdade de defesa e igualdade de posições entre as partes, com respeito aos direitos e garantias do investigado.

2. A NEGOCIAÇÃO PENAL NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, no art. 98, inciso I, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro as soluções dialogadas ou consensuais no processo penal em contraposição às formas coativas e verticalizadas de resolução dos casos criminais, criando os Juizados Especiais Criminais (GIACOMOLLI e VASCONCELLOS, 2015).

Assim, a justiça negociada iniciou no Brasil com o advento da lei nº 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e introduziu no ordenamento jurídico brasileiro um novo modelo de justiça criminal, fundada na ideia de consenso e diálogo. A transação penal (art. 76 da lei nº 9.099/95) e a suspensão condicional do

processo (art. 89 da lei nº 9.099/95) são típicos exemplos da negociação penal no sistema processual brasileiro¹⁷.

Quanto ao advento da lei nº 9.099/95, Aury Lopes Júnior pontua:

Com o advento da Lei n. 9.099/95 [...] foi implantada a justiça negociada. Para grande parte da doutrina brasileira, uma inovação revolucionária (ou perigoso retrocesso?). Contudo, com o passar dos anos, a criatura virou-se contra o criador ou, melhor, mostrou sua verdadeira cara: utilitarismo processual e busca da máxima eficiência (utilitarista) (LOPES JÚNIOR, 2017).

Outro exemplo de justiça negociada surgiu com a lei nº 12.850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas), que regulamentou o instituto da colaboração premiada (art. 4º), possibilitando o investigado/acusado realizar acordo de colaboração premiada com as Autoridades Públicas nos crimes que envolvem organização criminosa. Destaca-se que a colaboração premiada ganhou força com a operação “lava jato” e passou a ser uma alternativa de defesa, pois em muitos casos a melhor defesa poderia ser um bom acordo de colaboração. (LEONARDO, 2020).

Recentemente, com a lei nº 13.964/2019 foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A), que possui natureza jurídica semelhante a esses institutos – transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada – pois a iniciativa na realização do acordo de não persecução é das partes, possibilitando o investigado fazer parte do processo e a vítima ganha lugar no processo com a previsão de reparação dos danos (CPP, art. 28-A, I).

¹⁷ A transação penal consiste em uma proposta feita pelo Ministério público antes da instauração do processo pelo órgão de acusação, não gera o oferecimento da denúncia, não existindo persecução penal contra o autor do fato. Já, a suspensão condicional do processo permite que, após oferecida a denúncia, sempre com a concordância do acusado, interrompa-se a marcha normal do processo, passando-se diretamente à execução das condições assumidas.

A justiça negociada tornou-se uma tendência mundial e passa, cada vez mais, a ser adotada no Brasil, desvencilhando-se da justiça conflitiva e buscando um diálogo com o investigado, com a vítima e os órgãos da persecução penal, sem contar que a justiça negocial confere maior efetividade e celeridade à justiça criminal, frente ao aumento das demandas e os anseios sociais cada vez mais punitivos.

Assim, a justiça penal negociada tem como característica a aplicação de uma punição sem que tenha existido um processo, ao revés do que lecionam aos princípios previstos na Constituição Federal de 1988, como do devido processo constitucional (art. 5º, LIV, da CR/88), o contraditório, a ampla defesa (ambos no art. 5º, LV, da CR/88) e todas as demais garantias que dele decorrem.

Contudo, diante da consagração do sistema acusatório no processo penal brasileiro e das diversas garantias previstas na Constituição Federal, é necessário analisar a implementação do acordo penal, em que pese a mitigação de vários princípios constitucionais, sob a luz do princípio do acusatório, porquanto ao realizar-se o acordo penal deve estar protegendo e resguardando os direitos do investigado.

3. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁸, dispõe sobre o acordo de não persecução penal e prevê que em não sendo caso de arquivamento da investigação, se o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a prática da 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 a seja necessário e suficiente para

¹⁸ CPP, Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente 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 nº 13.964, de 2019).

reprovação e prevenção do delito, mediante o cumprimento das condições elencadas nos incisos do referido artigo¹⁹. O procedimento do acordo de não persecução penal, por sua vez, está previsto nos parágrafos do artigo 28-A do CPP.

Quanto a conceituação do instituto, Rogério Sanches Cunha explica:

ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. (CUNHA, Rogerio Sanches, 2020).

O acordo de não persecução penal trata-se de uma medida despenalizadora, por meio do qual o investigado se compromete a cumprir certas condições impostas pelo Ministério Público em troca não existir uma persecução penal em seu desfavor. Após cumpridas todas as condições, a punibilidade é extinta, sem que tenha havido um processo e uma condenação (TÁVORA e ARAÚJO, 2020).

Ademais, o acordo pode ser proposto “tanto a fase inquisitiva, de investigação (anterior ao oferecimento da denúncia), quanto a fase judicial (após a oferta da peça acusativa)”. E, cumprida integralmente as condições do acordo (CPP, art. 28-A, §13) a punibilidade é extinta, se tratando de uma nova causa de extinção da punibilidade (BROETO e MELO, 2020).

¹⁹ Art. 28-A. [...] I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

4. DAS VANTAGENS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

No Brasil existe o grande problema que é a impunidade, situação que é prejudicial tanto para a imagem externa quanto interna do país. No âmbito interno, gera desconfiança, medo e reduz a credibilidade das instituições estatais, prejudicando a própria democracia (GOMES, 2019). Motivo que a sociedade busca do Estado políticas públicas voltadas para o combate da criminalidade e os julgamentos dos crimes no menor tempo possível, pois uma justiça que tarde e/ou falha é vista com maus olhos pelo povo, como sinônimo de impunidade, conduzindo à descredibilidade da máquina estatal.

Rogério Sanches Cunha, expõe que:

É evidente que os instrumentos negociais, há tempos presentes no processo cível, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes político-econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito, e atendem um prático cálculo de utilidade social (CUNHA, 2020)

Assim, o acordo de não persecução penal vem como um instrumento que visa ao mesmo tempo garantia de uma pena e a rápida solução do caso, retomando a confiança da sociedade pelo direito penal.

Para o Estado, o acordo de não persecução penal significa a redução de gastos do judiciário e a otimização do sistema já existente (máquina estatal), pois a negociação penal não gera novos custos orçamentários, já que cria um novo sistema de justiça que aproveita a estrutura existente. A economia também se dá pela eliminação de várias fases do procedimento, tanto em primeiro grau de jurisdição quanto nos graus recursais, resolvendo o caso através de um acordo, elaborado de forma consensual, que por fim é homologado pelo Juiz, o qual irá analisar os critérios de legalidade. Assim,

utiliza-se a máquina estatal de forma mais veloz e efetiva, com a otimização de recursos já existentes do Poder Público.

Quanto a necessidade do instituto Rogério Sanches Cunha pontua:

O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inegavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento (CUNHA, 2020).

Outro fator que deve ser sopesado, é a melhora na qualidade da investigação, pois para que o acordo tenha sucesso, faz-se necessário existir uma robusta atividade investigativa, já que é a partir dela que o Parquet conta com elementos mínimos (justa causa) para iniciar uma negociação penal. (GOMES, 2019).

Quanto as vantagens para o investigado, um dos importantes aspectos é a minoração dos efeitos de uma condenação criminal, pois aplica-se uma “pena” sem que exista uma persecução penal instaurada contra o investigado, de modo que não gera antecedentes criminais e garante a primariedade do beneficiário (LIMA, 2020). Logo, reduz-se os efeitos sociais prejudiciais da pena, ou seja, os efeitos negativos de uma sentença penal condenatória (LEONARDO, 2020).

Dessa forma, o acordo penal tem natureza jurídica de medida despenalizadora, pois cumpridas as condições, resta extinta a punibilidade do investigado, sem que exista uma sentença condenatória em desfavor do Réu. Logo, não existe processo e não há uma aplicação de pena, até porque se fosse uma pena incorreria em inconstitucionalidade na imposição de uma sanção sem o devido processo legal, previsto no artigo 5º, LV, da CF (TÁVORA, NESTOR, 2020).

Além da redução dos efeitos de uma investigação em seu desfavor, para o investigado existe uma minoração dos custos do prosseguimento do processo e resguarda a certeza sobre o deslinde do seu caso (CHEMERINSKY, LEVENSON, 2008). E ainda, mantém o pressuposto da prisão como “ultima ratio”, permanecendo essas para os casos muito graves, sobretudo os cometidos pelas lideranças do crime organização ou com violência ou grave ameaça contra pessoa (GOMES, 2019), tendo como efeito a redução da população carcerária.

De mais a mais, é preciso destacar o comprometimento do beneficiário com o acordo²⁰ Este efeito se dá especialmente pela prevalência do princípio da autonomia da vontade, pois não há obrigatoriedade em realizar o acordo, no entanto, o beneficiário voluntariamente e de forma consensual negocia sobre os termos da proposta, o que garante um maior percentual de cumprimento das condições, já que o acordo foi fruto de um diálogo e consenso sobre as condições, o que consequentemente induz um maior cumprimento deste.

Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha, expõe:

o consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral (CUNHA, 2020).

Por outro lado, um dos objetivos do acordo de não persecução penal é atingir grandes empresários brasileiros envolvidos nos famosos crimes de “colarinho branco”, assemelhando-se ao que se viu na operação “lava jato”, já que estes no processo comum ficam à

²⁰ Luiz Flávio Gomes (2019) afirma que: “Um dos efeitos relevantes decorrentes da autonomia da vontade das partes é o comprometimento delas com o que ficou acordado”.

mercê das investigações. Assim, a negociação penal é um incentivo para chegar aos grandes criminosos, especialmente aqueles de lavagem de capitais²¹ (GOMES, 2019).

Em relação a vítima, está em maior destaque na negociação, através da previsão de reparação dos danos (CPP, art. 28-A, I e §9º)²², bem como, sente-se amparada pelo Estado, porquanto existe a garantia que o autor do fato tenha uma penalidade – a impunidade que gera muita revolta no processo comum – e ainda, reduz o efeito da “vitimização”, ou seja, não coloca a vítima testemunhar e reviver todo o fato doloroso (CHEMERINSKY, LEVENSON, 2008).

Logo, muitos são os benefícios do acordo penal, quais sejam, a rapidez na solução do crime, a certeza da punição do investigado, a efetivação da tutela reparatória, a eventual delação de outras pessoas, as revelações sobre o delito, as indicações de provas ou meios para obtê-la e a recuperação do produto do crime. Assim, a sociedade é beneficiada com o acordo penal, já que se diminui o custo da justiça e a resposta ao crime se dá de forma mais rápida, com a reafirmação da ética e da responsabilidade, refletindo como uma proteção contra uma delinquência organizada e a certeza de sua pena (GOMES, 2019).

Luiz Flávio Gomes, defende a implantação da justiça negocial no Brasil, comparando com o modelo dos Estados Unidos da América:

O fato de votar, por si só, não esgota o conceito de democracia. Essa ineficiência estatal inconteste sugere o abandono da arrogância e da soberba, que devem dar lugar ao princípio da realidade. Temos que ver em que termos podemos aproveitar o pragmático sistema de Justiça nor-

²¹ De acordo com Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2015): “o grande mérito do *plea bargaining* é propiciar a reavaliação no decorrer do processo dos fatores informativos da (im)possibilidades probatórias, do custo das jogadas, da escassez de recursos (capacidade de assimilação), das condições do outro jogador e dos objetivos a serem alcançados”.

²² “Na linha de outros instrumentos despenalizadores, o ANPP prestigia a vítima, colocando a reparação do dano ou restituição do objeto do crime como condição para o ajuste” (CUNHA, 2020).

te-americano, sem ofensa à nossa Constituição. Tal sistema, de resto, já foi implantado na maioria dos países ocidentais. Nos EUA ele resolve a quase totalidade dos delitos (mais de 90%) prontamente. Ninguém suporta mais tanta impunidade no Brasil. Algo de revolucionário deve ser feito, respeitando-se a Constituição e o Estado de Direito (revolução dentro da ordem) (GOMES, 2019)

Observa-se que existem muitos aspectos que justificam a aplicação do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, sejam favoráveis ao Investigado, à vítima, ao Estado e até mesmo para a sociedade. Contudo, para que o acordo penal seja um reflexo do Estado Democrático de Direito, deve-se atentar para o lado humanitário, através do diálogo existente entre as partes, buscando a melhor solução ao caso, com a ampla aplicação de sanções e consequências alternativas, distintas da prisão.

5. DOS ASPECTOS CONTRÁRIOS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

Os Estados Unidos da América é o grande precursor da negociação criminal, através da chamada “*plea bargaining*”²³. O instituto do “*plea bargain*” traduz-se na possibilidade de negociação no campo criminal, tendo por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do Acusado (GOMES, 2019). Contudo, o “*plea bargaining*” possui muitas críticas, especialmente relacionadas a supressão de direitos fundamentais²⁴, repercutindo a experiência estadunidense no acordo de não persecução penal implementado recentemente no ordenamento jurídico brasileiro.

²³ “*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” (MARQUES, 2016).

²⁴ De acordo com Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2015): “no modelo americano, sem verdade substanciada, negocia-se sobre o enquadramento jurídico da conduta, o período da prisão, bem assim sobre os custos do julgamento”

O receio que se tem com a implementação do instituto no Brasil, se dá, por vários aspectos, a citar a possibilidade de existir coação para que o investigado confesse o crime – violação do princípio da inocência - pelo medo de um processo e, conseqüentemente, de uma pena grave e imprevisível, ocasionando a dificuldade de exercício do seu direito constitucional a um julgamento por um juiz imparcial.

A garantia ao processo e ao poder jurisdicional, no sentido de infungibilidade e indeclinabilidade do juízo, é um direito do investigado, contudo, no acordo penal este direito pode acabar por ser mitigado, até porque “a lógica da plea negotiation conduz a um afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito” (LOPES JÚNIOR, 2017).

Aury Lopes Júnior expõe que a superioridade do Ministério Público, acrescida do seu poder de transigir, faz com que surjam pressões psicológicas e coações para que o investigado aceite o acordo, pois seria uma “segurança do mal menor de que admitir uma culpa, ainda que inexistente” (LOPES JÚNIOR, 2017), existindo uma tendência para que o investigado aceite o acordo, por medo de uma condenação.

De mais a mais, no acordo penal existe o risco da violação do princípio da jurisdição, pois toda a ação penal deveria ser julgada por um juiz imparcial. Acontece que no acordo penal, o controle jurisdicional está nas mãos do Ministério Público, que não se submete aos limites de legalidade, mas sim aos seus critérios de discricionariedade²⁵. O Ministério Público exerce praticamente toda a jurisdicionalidade, já que é responsável por propor o acordo e o juiz, no entanto, tem apenas a função de homologar o acordo realizado entre o promotor de justiça e o Acusado, de modo que a garantia a jurisdição pode ser restringida (LOPES JÚNIOR, 2019).

Todavia, no estado democrático de direito o processo não pode se transformar em um “luxo” reservado a quem está disposto

²⁵ Aury Lopes Júnior (2020) entende que – preenchidos os requisitos legais – se trata de direito público subjetivo do imputado, um direito processual que não lhe pode ser negado.

a enfrentar os custos e os riscos de uma persecução penal. O Ministério público não pode constranger o Acusado, com altas penas e figuras mais altas que o delito, com o objetivo de constranger o Investigado a aceitar o acordo, pois estar-se-ia violando o princípio da jurisdição. O jurista acrescenta:

O excessivo poder – sem controle – do Ministério Público e seu maior ou menor interesse no acordo fazem com que princípios como os da igualdade, certeza e legalidade penal não passem de ideias historicamente conquistados e sepultados pela degeneração do atual sistema. O processo penal passa a não ser mais o caminho necessário para a pena, e, com isso, o status de inocente pode ser perdido muito antes do juízo e da sentença e, principalmente, sem que para isso a acusação tenha que provar o alegado. (LOPES JÚNIOR, 2017)

Também deve se atentar quanto a possibilidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, pois, existindo os requisitos autorizadores (justa causa) seria incumbência do Ministério Público promover a ação penal, contudo, o Ministério Público não proporia a ação penal, mas sim um acordo penal, violando os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.

No entanto Rogério Sanches Cunha possui outra visão sobre a obrigatoriedade da ação penal, afirmando que presentes as condições da ação, o Ministério Público é obrigado a agir. No entanto, o “agir” pode ser encarado sob vários aspectos, pode agir oferecendo a transação penal, o acordo de não persecução penal ou mesmo oferecendo a denúncia, de modo que não estaria violado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, até porque, o “O ANPP pressupõe justa causa para a denúncia-crime, leia-se, mínimo de suporte fático

co, aquele início de prova (mesmo que indiciária) capaz de justificar a oferta da instância penal” (CUNHA, 2020).

Outrossim, outro aspecto do acordo é necessidade de o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática da infração para realizar o acordo de não persecução penal²⁶. A crítica que se tem é que tal situação acaba por ferir o princípio da presunção de inocência, que está expressamente consagrado no art. 5º, inciso LVII da CF/88, sendo este o princípio reitor do processo penal, do qual se pode auferir a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (LOPES JÚNIOR, 2017).

Quanto ao princípio da inocência Aury Lopes Júnior leciona:

princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal”, ainda, que é “um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 96).

A partir da necessidade da confissão do fato para a proposição do acordo, surge a dúvida de que se a confissão pode ser usada contra o acusado durante o curso do processo que a caso venha surgir, acaso este não cumpra as condições estabelecidas no acordo. No entanto, não existe nenhuma previsão legal quanto a este aspecto, porém prevalece o entendimento doutrinário de que a confissão não poderá ser usada com prova contra o investigado no curso do processo²⁷, pois está se presta, tão somente, para a verificar “viabili-

²⁶ ADI n 6304 ajuizada pela Abacrim - Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas.

²⁷ De acordo com Aury Lopes Júnior (2020) “A confissão não poderá ser usada com prova contra o investigado no curso do processo”.

dade da celebração do próprio acordo” e de que o acordo está sendo proposto para a pessoa certa (CASTRO; NETTO, 2020)²⁸.

Nesse sentido, “o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP.”. (LOPES JUNIOR; JOSITA, 2020). Da mesma forma, não existe o reconhecimento expresso da culpa do Investigado²⁹.

Desse modo, entende-se que a confissão não pode ser utilizada para outros fins, sob pena de transgressão do sistema acusatório, pautado nos princípios da ampla defesa, contraditório e princípio nemo tenetur se deteger (previsto no artigo 8º, parágrafo 2º, alínea “g”, do Pacto de San José da Costa Rica). Ainda, o art. 197 do CPP e a exposição dos motivos do próprio código, lecionam que a confissão isolada não se presta a prova da culpabilidade do acusado, até porque a confissão para ter valor probatório deve ser realizada através do processo penal, sob o crivo do contraditório judicial³⁰ (CASTRO; NETTO, 2020).

Ainda, Luiz Flávio Gomes afirma que o Juiz deve se atentar ao conteúdo e a forma da confissão, a qual “não é suficiente, sem outras provas, para derrubar a presunção de inocência. Outras provas além da confissão são indispensáveis para a formação do convencimento do juiz” (GOMES, 2019). Da mesma forma, não é possível o direcionamento da confissão delatária, ou seja, se o Acusado confessa e delata outras pessoas, esse material não serve como prova, ou seja, não se pode aproveitar parte da confissão e descartar outra, de acordo com o princípio da indivisibilidade da confissão (GOMES, 2013).

²⁸ “a realização da “confissão” no contexto do acordo não se dá no âmbito de um processo judicial, de modo a ser possível classificar tal ato como extrajudicial, vez em que não é realizada na presença de um juiz togado[11], podendo ser caracterizado tão somente como pressuposto de existência e requisito de validade do acordo” (CASTRO; NETTO, 2020)

²⁹ SANCHES (2020) aduz que: “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal”.

³⁰ “a confissão realizada sem o exercício da ação penal (calcada -sempre numa hipótese acusatória) não se presta para os fins do processo, mas tão somente como pressuposto para a celebração do acordo” (CASTRO; NETTO, 2020)

Logo, a presunção de inocência, só é afastada mediante um devido processo legal. Assim:

há a comprovação da culpa pela Acusação, de forma a convencer o magistrado, para além de qualquer dúvida razoável da prática de condenação penal por meio de uma decisão fundamentada (COUTINHO JR., 2017).

Portanto, a confissão como requisito para a realização do acordo penal, serve para dar garantia ao Ministério Público quando faz uma proposta de acordo, objetivando que nenhum terceiro possa assumir o crime por outra pessoa. No entanto, não significa assunção de culpa e não pode ser utilizado em desfavor do Acusado em caso de não cumprimento do acordo.

Até porque, segundo as palavras de Aury Lopes Júnior:

não existe nada mais repugnante que, ante frustrados protestos de inocência, ter de decidir entre reconhecer uma culpa inexistente, em troca de uma pena menor, ou correr o risco de submeter-se a um processo que será desde logo desigual (LOPES JÚNIOR, 2017).

Logo, a confissão não pode servir como elemento de prova e não significa assunção de culpa. É um mecanismo de garantia para fazer a proposta de não persecução para a pessoa certa, de modo que o investigado precisa contar a versão dele, de forma livre. A ideia é que a confissão só sirva para dar uma garantia maior para o Ministério Público para formalizar o acordo³¹ (LEONARDO, 2020).

Outro ponto a ser considerado é o risco que o processo penal se transforme em um instrumento de pressão, capaz de gerar

³¹ “Isso porque, a confissão, dentro de tal lógica, se prestaria tão somente a confirmar uma hipótese acusatória baseada em provas legalmente admitidas e desenvolvidas no decorrer de um procedimento válido, com possibilidade de intervenção das partes, porém não é isso que ocorre no acordo de não persecução penal”. (CASTRO; NETTO, 2020)

autoacusações falsas, pela necessidade de confessar e por medo da existência de um processo, de uma condenação, gerando testemunhos caluniosos, desigualdades de julgamento e insegurança jurídica³². (LOPES JR., ROSA, 2015). E ainda, o fato de não aceitar o acordo, não pode fazer com que o Acusado seja um incômodo para o processo, pois se trata de seu direito, prevalecendo o princípio da inocência.

Assim, nota-se que o acordo de não persecução penal possui críticas quanto a sua implementação, especialmente, em relação a observância dos direitos fundamentais do investigado. A necessidade da confissão formal e circunstancial do delito é um fator a ser sopesado no acordo penal, pois, muitas vezes, o investigado irá confessar a prática de um crime que sequer cometeu, apenas por medo de uma ação penal em seu desfavor. Dessa forma, para que o acordo penal tenha validade e seja reflexo do Estado Democrático de Direito, deve ser observado os direitos e garantias do acusado, para que não represente uma afronta aos direitos constitucionais deste.

6. DA NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO ENTRE O GARANTISMO e A EFICIÊNCIA.

De acordo com Renan Mandarino, a teoria garantista representa a valorização das normas constitucionais para limitar os abusos estatais contra a vulnerabilidade dos delinquentes mais pobres, “mais especificamente para defender e bem equacionar o constitucional Estado Democrático de Direito” (MANDARINO, Renan Possella, 2017).

No entanto, no moderno processo penal existe uma divergência entre o direito penal garantista, que busca um processo penal conforme as normas constitucionais, em respeito aos direitos e garantias individuais do acusado e o processo penal “eficientista”,

³² “O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio” (LOPES JUNIOR e ROSA, 2015)

que possui maior preocupação na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos no tratamento penal.

Diante do atual estado acelerado/urgente que vive a sociedade atual, se busca por um processo penal “eficientista”, com a rápida resolução do caso. Assim, um dos objetivos da implementação do acordo de não persecução penal foi a eficiência da máquina estatal, com a redução de custos e o aumento da produtividade – aceleração na resolução de processos -, buscando o descongestionamento do judiciário, atendendo o clamor da sociedade pela velocidade, no sentido de que a decisão seja proferida rapidamente, vendo-se a aplicação da pena, muitas vezes, no calor do momento.

A implementação do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico é fruto do clamor da sociedade pela aceleração/reação imediata aos crimes, através da criação dos procedimentos que aceleram o julgamento de processos e até mesmo reduzem fases dos procedimentos. Assim, a crítica que se tem a justiça negocial é que está se traduz em uma necessidade do processo acelerado, superando diversas garantias do investigado em detrimento da velocidade³³.

Sob esse aspecto, necessário ponderar o entendimento de Aury Lopes Júnior, do qual afirma que é preciso considerar a ineficácia do sistema de administração da justiça, porquanto a justiça criminal possui grande quantidade de processos sob julgamento, demonstrando que está sobrecarregada (LOPES JÚNIOR, 2019).

Acontece, que a crise do sistema penal não pode conduzir a uma falsa ideia de que se acelerando a justiça, sem respeitar os direitos e garantias constitucionais, chega-se mais rápido a uma pena. É preciso existir ressalvas no processo penal, deve-se ter cautela quanto a aceleração das fases do procedimento, pois o processo penal precisa de uma “maturação, reflexão e tranquilidade no ato de julgar”, de forma a não atropelar os direitos e garantias do Acusado. O processo precisa respeitar seu tempo de desenvolvimento, para que não existam

³³ “a justiça negocial não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada como uma exigência do processo de partes. Resulta ser uma perigosa medida alternativa ao processo, sepultando as diversas garantias obtidas ao longo de séculos de injustiças” (LOPES JÚNIOR, 2017).

julgamentos imediatos, sem análise correta das provas e proferidos no calor da emoção (LOPES JÚNIOR, 2017).

Nem todos os réus possuem as mesmas facilidades que outros em exercer a ampla defesa nos moldes do texto constitucional. É o que explica Mandarinino:

A vulnerabilidade de alguns réus no acesso à justiça e a utilização sofisticada de instrumentos defensivos por uma parca parcela de outros acusados provocam questionamentos sobre a isonomia formalmente garantida na norma constitucional: tem a dogmática penal conseguido garantir os direitos humanos individuais contra violência punitiva? Tem sido possível controlar o delito com igualdade e segurança jurídica? (MANDARINO, Renan Posella, 2017).

A justiça rápida não pode ser sinônimo de justiça injusta, sobretudo contra os desfavorecidos, que não possuem as mesmas oportunidades, muito menos “um trem de alta velocidade para Auschwitz³⁴”. Mas sim, a justiça deve ser feita contra a impunidade reinante no nosso país, sobretudo contra as máfias patrimonialistas, grandes criminosos de crimes econômicos, os quais desviam milhões de reais deste país (GOMES, 2019).

Assim, para que o acordo penal seja efetivo e um reflexo do sistema acusatório, deve existir um leque de garantias mínimas, “deve maximizar a eficácia das garantias do devido processo penal”, quais sejam: a jurisdicionalidade, o princípio acusatório, a presunção da inocência, a ampla defesa e o contraditório e a motivação das decisões (LOPES JÚNIOR, 2017).

Rogério Sanches Cunha (2020) pontua que: “A segurança de que existe um procedimento formalizado é importante para os ato-

³⁴ Campo de concentração da Segunda Guerra Mundial.

res do sistema criminal, evitando abusos do Estado, e ao mesmo tempo permitindo a transparência na negociação”. Assim, para que exista segurança no procedimento é preciso que a confissão e as tratativas do acordo sejam registradas através de gravação audiovisual, para dar maior confiabilidade e segurança sobre os termos do acordo e o respeito das garantias do investigado.

Ademais, a negociação penal precisa prever benefícios para o autor do crime, e apesar dos termos do acordo dependerem de cada caso concreto, precisa-se existir em equilíbrio entre a colaboração e as consequências penais do acordo, para que o investigado não fique em uma situação de desvantagem³⁵ (GOMES, 2020).

Outrossim, a função das partes é essencial para que o acordo penal seja reflexo do devido processo legal. Assim, formalizado o acordo penal, passa-se a fase homologatória, realizada na presença do juiz, que tem o objetivo de evitar que pessoas inocentes se declarem culpadas, até porque, não é raro de que pessoas inocentes, possam se declarar culpadas, diante do medo do processo, de ter uma persecução penal em seu desfavor. Dessa forma, o momento de homologação do acordo, na presença do juiz, serve para verificar o respeito as garantias do investigado, bem como verificar se a confissão é válida, se não existem nulidade e corroborada com outras provas no processo (GOMES, 2019).

O juiz também precisa verificar a voluntariedade do Acusado em aceitar o acordo, analisando a inexistência de vícios e a ciência integral dos termos do acordo (TÁVORA, NESTOR, 2020).

Dessa forma, o juiz não deve ser mero homologador do acordo, mas sim é responsável por controlar os termos da negociação e verificar se existe a livre manifestação da vontade do investigado, bem como a existência dos aspectos de razoabilidade e legalidade da negociação. O juiz só pode homologar o acordo quando se convencer da razoabilidade, da manifestação da livre vontade, da cer-

³⁵ “Se o não exercício de um direito acontece para o desfrute de alguma vantagem em favor da mesma pessoa, existe razoabilidade, que foi inventada para se evitar atos estatais abusivos, que negam o Estado de Direito cooperativo e tendencialmente justo” (GOMES, 2019).

teza de que existem provas mínimas contra o imputado, de que o indiciado tem consciência das consequências do ato e da efetividade da assistência jurídica prestada (GOMES, 2019).

Sob esse aspecto, o papel do juiz é de suma importância para o resguardo dos direitos do investigado, tendo a função de fiscalizar a legalidade do acordo e as finalidades do processo penal, não intervindo no que foi firmado pelas partes, a fim de que seja preservada a sua imparcialidade.

Outrossim, quanto ao Ministério Público, este deve observar os princípios da oportunidade e da discricionariedade regrada, de modo que sua atuação tenha limites delineados. Verificado irregularidade ou abuso por parte do Ministério Público, o Juiz não irá homologar o acordo (GOMES, 2019)³⁶.

Já a defesa, está tem a função de zelar pela observância do princípio da autonomia da vontade, respeitando a vontade do investigado negociar o acordo e controlando os critérios de legalidade. Assim, a presença da defesa é fundamental para que não existam ilegalidades e violações dos direitos e garantias individuais. Ademais, a gravação e a “judicialização” são garantias para o Acusado, que só assim se alcançará um processo justo. (GOMES, 2019).

É preciso ter claramente o papel de cada agente no processo e que estes são indispensáveis para a aplicação do sansão penal (princípio da necessidade). O Ministério Público, na figura do promotor, exerce função acusatória, já o juiz possui a função de punir, que está condicionado à procedência da pretensão acusatória e o cumprimento das regras previstas em lei. Logo, não se deve permitir que a negociação, em termos tão amplos inverta o papel dos agentes do processo, pois no acordo penal o Ministério Público tem a faculdade de estabelecer acordos quanto a ser aplicada e o juiz apenas homologar e verificar a legalidade e voluntariedade do ato (LOPES JÚNIOR, 2019).

³⁶ “Em caso de abuso, anula-se o acordo ou ele não é homologado. Todas as nulidades do procedimento negocial podem e devem ser invocadas por quem se sente prejudicado. Todas as ilegalidades devem ser proclamadas. Toda fiscalização deve ser exercida. O “plea bargain” não é uma terra de ninguém, sem lei”. (GOMES, 2019)

Todo processo tem que observar uma série de garantias, incluindo o contraditório e a ampla defesa e no acordo penal não deve ser diferente, porquanto todas as garantias devem ser respeitadas. É inegável que vivemos numa sociedade regida pela velocidade, mas isso não nos obriga a tolerar o atropelo de direitos e garantias fundamentais característico dos juizados especiais” (LOPES JÚNIOR, 2017).

Contudo, situação complexa é encontrar um equilíbrio, entre o garantismo – resguardo aos direitos e a garantias do acusado - e a eficiência – rápida solução dos processos e economia de gastos públicos. Pois no processo, precisa-se dar oportunidade para as partes “usarem suas armas” e fomentar o debate, ao mesmo tempo o “processo que se arrasta assemelha-se a uma negação da justiça”, de forma que não se pode atropelar os direitos e garantias individuais³⁷, como também não se pode ser um processo demorado e com altos custos estatais (LOPES JÚNIOR, 2017).

O sistema penal deve ao mesmo tempo primar pela funcionalidade (eficiência) da máquina estatal, para que os casos sejam resolvidos de forma rápida, assegurando a confiança da população no aparelho estatal e ao mesmo tempo deve ser garantista, resguardando os direitos e garantias dos cidadãos. Pois é dever do Estado promover o bem da coletividade, daí se impor a exigência de racionalização, eficiência e celeridade do processo penal³⁸.

Portanto, o acordo de não persecução penal possui aspectos favoráveis e contrários à sua implementação, ante o paradoxo existente entre a eficiência/celeridade versus o respeito das garantias processuais do investigado. Porém, para que a negociação penal seja eficaz, deve ser interpretada à luz das normas de direito penal e processual penal, respeitando as regras do devido processo penal,

³⁷ “simplificar os procedimentos, abreviar prazos e contornar as formas, gerando um gravíssimo problema, pois, no processo penal, a forma é garantia, enquanto limite ao poder punitivo estatal. São inúmeros os inconvenientes da tirania da urgência”. (LOPES JÚNIOR, 2017).

³⁸ “Por meio de proteções e contrapesos, a jurisprudência deve tentar assegurar ao direito um papel garantidor e emancipador. Assim, deve ser repensado o conceito de segurança jurídica, enquanto freio à ditadura (estatal) da urgência” (LOPES JÚNIOR, 2017)

sobre o resguardo da Constituição Federal, que traz um leque de direitos e garantias a quem responde processo criminal, consagrado através do princípio do acusatório.

CONCLUSÃO

A partir do século XII o sistema acusatório começou a se tornar ineficiente frente aos anseios sociais, pois, muitas vezes, as provas trazidas pelas partes eram fracas e o juiz, que deveria ser imparcial, passou a ter poderes instrutórios. Iniciou-se então a substituição para o sistema inquisitório, que foi marcado pela instauração do Tribunal da Inquisição, com a atribuição de poderes instrutórios nas mãos do juiz e marcado pela inexistência de separação de funções. Foram tempos que se cometeram inúmeras crueldades, cujo processo foi marcado pela desigualdade de armas e de oportunidades.

Contudo, a partir do ano de 1.215, a prática de ordálias e do misticismo passa a ser substituída por métodos racionais para descobrir a verdade, representando uma “vitória do racionalismo sobre o misticismo, sendo, com boa razão, considerados uma etapa fundamental na história do direito probatório continental” (CASTRO; NETTO, 2020). Assim, iniciou-se uma nova fase do processo penal, baseada na razão e principalmente nos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O sistema acusatório caracteriza-se por ter uma clara distinção entre as funções das partes no processo, cuja gestão das provas fica na mão das partes e o juiz é responsável por julgar a partir das provas produzidas por estas, o que resguarda a sua imparcialidade. Ademais, existe um tratamento igualitário no processo, em regra o procedimento é oral, marcado pela garantia do contraditório, da ampla defesa, da ausência de provas tarifadas e a confissão não é a rainha das provas. É um sistema que traz um enorme leque de direitos e garantias, traduzindo-se na observância do princípio do devido processo legal.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, mesmo que implicitamente o sistema acusatório, observado através do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos diversos princípios correlatos. Recentemente, com o chamado “pacote anticrime” (lei nº 13.964/2019) previu-se expressamente no artigo 3-A do Código de Processo Penal o sistema acusatório.

Ademais, a lei nº 13.964/2019 também trouxe em seu bojo o acordo de não persecução penal (CPP, art. 28), em que, novamente, “inovou-se” ao adotar a imposição de deveres a pessoa investigada, com nenhuma preocupação com a verdade (CASTRO; NETTO, 2020), adotando a confissão como requisito para que o Ministério Público ofereça o acordo penal. Nota-se, neste aspecto, resquícios do sistema inquisitório.

Assim, a necessidade da confissão do fato pelo investigado pode configurar uma violação ao princípio da presunção de inocência, já que para que o acordo seja proposto o investigado precisa se declarar culpado. Não bastasse, o acordo também viola o princípio da jurisdição, pois a ação penal é controlada pelo Ministério Público, responsável por decidir se oferecerá o acordo e seus termos, de acordo com a sua discricionariedade. Também existe o risco da mitigação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, porquanto constatada a justa causa, o Ministério público é obrigado a oferecer a persecução penal contra o autor do fato, contudo, estes princípios seriam mitigados, já que o agir do Ministério Público pode ser exercido através do oferecimento de um acordo.

Mas, certamente, o fator que mais deve ser sopesado na implementação do instituto é a obrigatoriedade da confissão do investigado. Com a previsão da confissão nota-se resquícios do sistema inquisitório, dando maior valor a confissão como prova, acarretando a violação ao princípio da presunção de inocência, em que pese a consagração do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, não se pode negar que o acordo traz muitos benefícios, para o Estado, para o investigado e até mesmo para a

vítima. Para o Estado cita-se a rápida solução do caso (desinchaço da máquina estatal), a economia de gastos públicos, representa uma resposta imediata aos anseios da população. Para o Investigado, é a garantia de que os efeitos de uma sentença penal condenatória serão reduzidos. Para a vítima, é a previsão de reparação dos danos, sendo amparada pelo direito penal.

Contudo, para que o acordo de não persecução penal traga resultados concretos, precisa seguir as regras do devido processo penal, especialmente, os ditames do modelo acusatório, prevendo uma série de garantias ao investigado e limites para a negociação penal. Não se pode permitir a retomada do sistema inquisitório, mas sim, a negociação penal precisa ser um reflexo da sociedade moderna, pautada no sistema acusatório, especialmente, através dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana.

Assim, o objetivo com a implementação da justiça negociada no ordenamento jurídico brasileiro é a otimização do tempo do judiciário diante da grande quantidade de demanda e redução de custos, tornando a máquina estatal mais eficiente frente as necessidades da sociedade. Contudo, para que a justiça negociada seja efetiva, deve respeitar as regras do devido processo penal, sob a luz da adoção do sistema acusatório (CPP, art. 3º-A), devendo ser voltada para as partes – inclusive a vítima -, tornando o direito penal mais humano, com o respeito aos direitos e garantias do Acusado, mas também primando pela eficiência do órgão estatal ao exercer o “jus puniendi”.

REFERÊNCIAS

APLICADA, Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica. *Atlas da Violência 2020 (Dashboard)*. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/26/atlas-da-violencia-2020-dashboar-d>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. *Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 28 abr. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo Juiz no Processo Penal*. 2015. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em: 29 ago. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora Juspodium, 2020. p. 129.

CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure*. Nova Iorque. Aspen, 2008.

GARCIA, Emerson. *O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões*. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/coluna-direito-em-debate/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>. Acesso em: 24 abr. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. E-book: *Moro sugere “plea bargain” no Brasil. Que é isso? É possível? Seria uma revolução?* 2019. Disponível em: <https://www.professorluizflaviogomes.com.br/e-book-moro-sugere-plea-bargain-no-brasil-que-e-isso-e-possivel-seria-uma-revolucao/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Revista Novos Estudos Jurídicos. Eletrônica, vol. 20, n. 3, setdez 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392/4724> Acesso em: 1 nov. 2020.

LEONARDO, Sérgio Rodrigues. *Negociar será a tônica da nova advocacia criminal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-23/sergio-leonardo-negociar-tonica-advocacia-criminal>. Acesso em: 23 abr. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 275.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019)

LOPES JUNIOR, Aury. *Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?* 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimemedio-ou-veneno>. Acesso em: 24 abr. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acesso em: 24 abr. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Processo penal no limite/ Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa, 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.*

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 24 abr. 2020.

MANDARINO, Renan Posella et al. *Garantismo Penal para Quem?: o discurso penal liberal frente à sua desconstrução pela criminologia*. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n75p129>. Acesso em: 02 nov. 2020.

MARQUES, Murilo. *Os perigos da plea bargain no Brasil*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643/os-perigos-da-plea-bargain-no-brasil>. Acesso em: 11 maio 2020

MELO, Filipe Maia Broeto e Valber. *Acordo De Não Persecução Penal E Suas (Relevantes) Implicações No Processo Penal Brasileiro*. 2020. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-suas-relevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 01 nov. 2020.

MORO, Sergio Fernando. *EM nº 00014/2019 MJSP*. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm. Acesso em: 23 abr. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *Resquícios Inquisitoriais e Perspectivas Acusatórias: O Julgador Frente à “Nova” Sistemática Processual Penal Brasileira*. (Publicada na Revista Síntese de Direito penal e Processual Penal nº 79 – abril – maio/2013 – p. 80).

PÚBLICA, Fórum Brasileiro de Segurança. *Estatísticas*. 2018. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>. Acesso em: 27 out. 2020.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3ª ed. rev. e atual - Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. *Código de Processo Penal Comentado*. / Nestor Távora, Fábio Roque Araújo – 11 ed.rev. ampl. Atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

A PERMANÊNCIA DO AUTORITARISMO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE PERMANENCE OF AUTHORITARISM IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

Lívia Soares Salvador

Graduada no curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes Maceió/AL. Advogada.
Ex-Presidente da Liga Acadêmica de Direito Constitucional – LAPEC/UNIT.
<http://lattes.cnpq.br/1439376448596999>
<https://orcid.org/0000-0002-6687-5534>
liviasaalvador@gmail.com

Roberto Barbosa de Moura

Mestrando em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas. Advogado Criminalista.
Procurador da ABRACRIM/AL. Pós-Graduando em Direito e Processo Penal pela ABD-Const. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal.
<http://lattes.cnpq.br/3825329609288612>
<https://orcid.org/0000-0002-1741-773X>
rbarbosademoura@gmail.com

André Rocha Sampaio

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista CAPES. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, Especialista em Ciências Criminais pela ESAMC. Professor do Centro Universitário Tiradentes/AL. Coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Advogado.
<http://lattes.cnpq.br/0645556530168637>
<https://orcid.org/0000-0002-6288-5487>
andrerochasampaio@gmail.com

Recebido: 21.07.2020

Aprovado: 03.11.2020

Resumo: O presente trabalho pretende analisar se o advento da Constituição Federal de 1988 foi suficiente para a eliminação dos traços inquisitórios e autoritários advindos do Código de Processo Penal de 1941. Serão analisadas algumas reformas realizadas no período pós-constituição. Para isto a pesquisa a ser realizada neste trabalho se desenvolverá por uma perspectiva qualitativa descritiva, mediante a utilização de materiais bibliográficos já existentes, realizando consultas a doutrinas, jurisprudências e artigos científicos.