

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LETÍCIA ALMEIDA PONTES DA SILVA

**JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: UMA FORMA
PEDAGÓGICA DE APENAR**

VITÓRIA
2019

LETÍCIA ALMEIDA PONTES DA SILVA

**JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: UMA FORMA
PEDAGÓGICA DE APENAR**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Ribeiro Lemos.

Aprovada em: ___/___/___

Comissão examinadora:

Prof. Dr. Carlos Eduardo Ribeiro Lemos
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

VITÓRIA
2019

RESUMO

A resolução de conflitos por meio consensual é uma realidade muito próxima, mas ainda pouco utilizada. No Brasil a Constituição já demonstrava o desejo em se ter um outro método de resolução de conflitos no direito penal, que não o processo, para evitar possíveis desgastes econômicos, mentais e a morosidade do judiciário, mas que, ao mesmo tempo, escutasse as partes envolvidas ao conflito, dando-as voz para expressar seus interesses. O presente texto busca compreender a incidência dos institutos do direito penal consensual no Ordenamento brasileiro. Para tanto, volta ao passado para compreender o porquê da resolução de conflitos na justiça brasileira ainda ser voltado para uma cultura de judicialização dos conflitos, as consequências geradas pelo contingente significativo de processos parados no judiciário brasileiro, bem como a constitucionalidade acerca da incidência dos instrumentos da justiça penal consensual advindos da criação dos juizados especiais criminais até os mais recentes “Acordo de Não Persecução Penal” e “Plea Bargaining”.

Palavras-chave: Justiça Penal Consensual. Juizados Especiais. Acordo de Não Persecução Penal. Plea Bargaining. Constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROCESSO PENAL E SUA SITUAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	5
1.1 BREVE RELATO SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO E DAS PENAS.....	5
1.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL	7
2 CONSENSO E DIREITO PROCESSO PENAL	9
2.1 JUSTIÇA RETRIBUTIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	12
3 INSTRUMENTOS CONSENSUAIS PENAIS JÁ CONSOLIDADOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	16
3.1 COMPOSIÇÃO CIVIL	19
3.2 TRANSAÇÃO PENAL	20
3.3 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	21
3.4 COLABORAÇÃO PREMIADA	22
4. INOVAÇÕES NO PROCESSO PENAL CONSENSUAL	23
4.1 PLEA BARGAIN: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O MODELO ESTADUNIDENSE	23
4.1.1 plea bargain no projeto anticrime	26
4.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	29
4.2.1 (in)aplicabilidade do instituto	33
4.2.2 formalização e consequências do descumprimento do acordo ...	34
5. CRÍTICAS À JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E SEUS INSTITUTOS	36
5.1 PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL	38

CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O Sistema penal brasileiro foi criado com moldes voltados para uma cultura de condenação, primando por penas privativas de liberdade. A ideia de que as penas devem se basear no Sistema “olho por olho, dente por dente” está enraizada na sociedade.

Tal contexto tem ensejado uma constante judicialização dos conflitos e, conseqüentemente, na constante elevação no contingente populacional carcerário, com poucos casos positivos de ressocialização.

A morosidade e a insatisfação da população com os resultados obtidos do processo tradicional demonstram que este é um Sistema que está entrando em colapso. Daí a necessidade de se utilizar de alternativas diferentes.

Neste diapasão a justiça consensual penal surge como um mecanismo de resolução de conflitos penais, pautado no consenso, diálogo, celeridade processual e autonomia do indivíduo.

É uma tentativa, também, de diminuição das penas privativas de liberdade, pondo em jogo novas oportunidades de satisfazer o conflito.

Entretanto, seus institutos ainda são vistos com maus olhos por doutrinadores e legisladores, uma vez que sua incidência, para além das questões sociais, também envolve questões constitucionais e legislativas.

O presente texto é uma tentativa de se compreender e criticar os institutos que cercam a justiça consensual penal, analisando a atuação dos Juizados Especiais Criminais, a Resolução nº 181/2017 do CNMP e o Projeto Anticrime criado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE PROCESSO PENAL E SUA SITUAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

1.1 BREVE RELATO SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO E DAS PENAS

Antes de estudar mais a fundo o tema central desta monografia, é necessária uma sucinta compreensão a respeito do processo penal, passando pelas evoluções e mudanças qual foi submetido até a atual conjuntura.

O surgimento das sociedades e a sua evolução é um grande marco na história mundial. Ocorre que a vida em conjunto não é uma coisa fácil, portanto, foi necessário a criação de um instituto capaz de controlar as relações existentes.

Sobre esta questão, expressa Luiz Regis Prado e outros (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014):

O homem, por sua própria natureza, vive e coexiste em comunidade (*relatio ad alerum*). O Direito regula o convívio social, assegurando-lhe as condições mínimas de existência, de desenvolvimento e de paz.

[...]

Ao regular ou organizar a vida do homem em Sociedade (= vida social, convivência social ou relações sociais), o Direito se apresenta em geral sob modelos de conduta exteriorizadas em normas de determinação (dever-ser).

Pois bem, o direito surge neste contexto como uma ferramenta de garantia à sobrevivência do homem em sociedade, ao tempo que impõe regras e fundamentos pautados em valores éticos e morais, visando alcançar a utopia da "sociedade perfeita", tendo o Estado como figura principal desta centralização de poder.

Kant (2008, p. 39), por sua vez, caracteriza o direito como sendo um conjunto de condições quais possibilitam a convivência do arbítrio do indivíduo ao mesmo tempo em que coexiste o arbítrio do próximo, quais seguem uma lei universal de liberdade.

Em um outro contexto, Gustav Radbruch (*apud* FABRIZ, 2003, p. 148) alinha a ideia de direito com a luta pela equidade e pela justiça, concluindo se tratar de “uma realidade que tem o sentido de achar a serviço da ideia de justiça”. O define como “um complexo de normas gerais, visando à vida de relação que é a vida dos homens em comum”.

O pensar do Direito, para Hart, admite a influência da Moral no momento de sua criação e de sua aplicação. Em questionamento a este posicionamento, Dworkin pensa em Direito como de natureza interpretativa, cabendo aos interpretes refletirem sobre sua aplicação na sociedade (FABRIZ, 2003, P. 153-156).

Inegável, portanto, que apesar do direito não ter uma definição única, ele trata de uma ferramenta de organização da sociedade que tenta preservar as liberdades individuais ao mesmo tempo que que preza pelo bom convívio coletivo.

Quando se trata de Direito Penal, por sua vez, Beccaria (2003, p. 17-18) afere seu surgimento a uma necessidade em se ter um meio que fosse sensível e, ao mesmo tempo, poderoso o suficiente para coibir àqueles que atentam contra as regras impostas pelo Estado, gerando caos na sociedade.

Assim as penas nasceram como uma consequência jurídica ao mal causado contra a sociedade.

A aplicação das penas são aplicadas pautadas no alicerce de que “não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine”. O fato ocorrido, embora reprovável, para ser passível de sanção é necessário que esteja formalizado, na figura da lei.

O formalismo necessário é um modo de repressão ao Estado, impedindo-o de punir toda e qualquer conduta, também prevenindo um possível abuso de autoridade que possa ser cometido.

O Processo Penal, neste viés, apresenta-se como o meio no qual o Estado, detentor do *jus puniendi*, por meio da figura do juiz, que analisará os fatos ocorridos para

concluir a inocência ou culpa do sujeito no caso concreto, e assim aplicar a devida pena.

Para Rogério Lauria Tucci (*apud* NUCCI, 2014, p. 27-28), o processo penal nada mais é que:

à instrumentalização da jurisdição, ou seja, da *ação judiciária*, em que se insere *ação das partes*, apresenta-se o *processo penal* como um conjunto de atos que se realizam sucessivamente, reordenados à solução de um conflito de interesses de alta relevância social. A regulamentação desses atos, integrantes do procedimento em que ele se materializa, encontra-se estabelecida nas leis processuais penais, aliás, com muita propriedade.

Esta cartela do direito lida diretamente com a liberdade pública e a do indivíduo, bem como interesses dos mesmos, dentro dos quais encontram-se interesses e direitos indisponíveis como a dignidade humana, a vida, liberdade, a integridade.

Por isso é preciso expandir o estudo do direito e do processo penal ao mesmo tempo em que deve-se impor limites perante a análise de outras ciências, principalmente no que concerne a Constituição Federal como a lei maior do Estado.

1.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

O Brasil, desde a implementação da Constituição Federal de 1988, vive em um Estado Democrático de Direito. Neste sentido o Estado preza pela primazia da proteção dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pelo texto constitucional, qual devem ser respeitados por todos os demais ramos do direito.

Axiologicamente, os direitos e garantias fundamentais são considerados normas superiores as demais, posta a necessidade do Estado demonstrar o exercício da Democracia, do exercício de poderes de todos (NUCCI, 2014, p. 22-24).

Não obstante, o Processo penal encontra diretrizes pautadas na Constituição . Principalmente os ditames do artigo 5º do texto constitucional, mais precisamente o

inciso LVII, qual infere “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

É preciso que o processo penal siga os ditames e princípios estabelecidos pela Constituição.

Neste viés, a própria constituição ao estabelecer que o réu só será considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ele pressupõe que para tanto é necessário seguir a persecução penal.

Quanto a este entendimento, José Cirilo Vargas (1992, p. 67) entende que "o processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição.

Ocorre que este modelo clássico de persecução penal já se encontra defasado, como já devidamente explicado no tópico anterior.

A necessidade do tempo moderno em encontrar soluções rápidas e eficientes é o espectro da sociedade atual. Surge portanto uma nova onda de se resolver os conflitos no âmbito penal, a justiça consensual.

Porém esta ainda é muito mal vista na sociedade e por alguns legisladores quem acreditam que, para além do processo penal, a aplicação dos novos institutos se apresentam como uma defrontação à Constituição.

2. CONSENSO E DIREITO PROCESSO PENAL

Dentro do âmbito do direito o Processo muitas vezes se demonstra como um instrumento impessoal, seguindo os ditames estabelecidos em lei, não analisando a complexidade que envolve os casos em concreto. Sua utilização, portanto, é padronizada, devendo seguir uma série de critérios e procedimentos para se chegar a uma conclusão, que, na maioria das vezes não é satisfatória.

Não é atoa o fato dos conflitos judicializados demorem a se ter um resultado em definitivo. Ora, das decisões dos magistrados de piso, sujeitos aquém do conflito, é raro não haver um recurso devido a insatisfação de um, ou de ambos sujeitos do processo.

A morosidade no processo, tanto civil quanto o penal, é um tema que vem sendo permanente mente discutido e criticado. Ao longo dos anos, foi se implementada uma cultura de processo, onde acreditava-se que este, e somente este, era apto para solucionar os problemas presentes na sociedade.

Sobre esta “cultura” de judicialização de conflitos, Ricardo Goretti (2019, p. 33-38) compreende ser resultado de uma inadequada utilização dos instrumentos jurídicos existentes, bem como de uma crise no que chama de “educação jurídica”.

Assim, aduz sobre o processo judicial (GORETTI, 2019, p. 37-38):

[...] muitas vezes não se revela capaz de atender às particularidades de muitas relações conflituosas por dois motivos principais: a) a influência dos elementos caracterizadores da crise do nosso Sistema de Justiça, tais como a morosidade, o acúmulo de processos pendentes de julgamento, a falta de recursos humanos e materiais, dentre tantos outros; b) o fato de que, em algumas situações, a arquitetura do processo (o desenho dos procedimentos estabelecidos pela legislação processual) não se revela apta para atender às particularidades de relações conflituosas que demandam intervenções específicas (de facilitação do diálogo e fortalecimento da relação entre as partes, por exemplo) não contempladas pelo instrumento processual.

Se tratando de processo penal, mais especificamente, segundo o relatório mais recente do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), do bimestre inicial de 2017, no Brasil encontram-se presos aproximadamente 235.241 habitantes esperando por uma condenação, sendo esta parte do total de uma população carcerária de 726.354 habitantes (INFOPEN, jan/jun 2017).

Ocorre que a maior parte deste contingente carcerário trata de condenações onde houveram pequena ou média criminalidade, sendo inúmeros os casos de reincidência, visto a insistência de um sistema de reintegração desta população que seja eficiente.

Tal panorama nos levou a uma situação crítica, onde que temos hoje é um judiciário precário, lento diante do imenso contingente de judicialização de conflitos, e uma sociedade insatisfeito com os resultados obtidos da condenação.

Este é um dos maiores desafios existentes hoje, a superação da gestão inadequada dos conflitos, que pode ser encontrada facilmente encontrada nas ações dos operadores do direito.

Neste sentido, o Direito Consensual trata de um paradigma pautado nas noções de conformidade, acordo, negociação/barganha e concordância. Ele quebra o estigma do processo clássico, marcado pela ideia de conflitos pautado em um antagonismo, uma disputa (ANDRADE, 2018, p 30).

Geralmente aplicada a delitos de médio ou baixa criminalidade, a justiça consensual pauta-se na mitigação da persecução. Não havendo a necessidade de debates excessivos ou de produção de provas e assegurando igual direito comunicativo entre as partes.

É um modelo que, basicamente, se caracteriza pelo envolvimento direto dos envolvidos durante o procedimento de negociação. Ou seja, o desfecho do conflito se dá somente quando houver a concordância de ambas as partes.

Ao analisar o consenso pós-moderno de Habermas, Luiz Roberto Gomes (*apud* VILARES, 2012, p. 322) compreende que o verdadeiro consenso somente pode ser alcançado através do discurso.

O verdadeiro consenso só poder ser obtido mediante um discurso que se expõe permanentemente à competência crítica dos participantes da integração linguística, pois o resultado do discurso depende, por sua vez, da obtenção de um consenso que possa ser considerado argumentativamente sólido. (...) a antecipação de uma situação ideal de fala é a garantia para podermos associar a um consenso alcançado faticamente, a pretensão de ser um consenso racional (...), que é fruto só assim estaríamos diante de um entendimento real, que é fruto de um reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, explicitadas através do discurso.

Para explicar melhor a justiça consensual aplicada ao direito penal é necessário que se compreenda, também, os diferentes modelos de consenso.

Isto é o que compreende Jamil Chaim Alves (2018, p. 218-219), que, em uma análise sobre a aplicação prática do direito penal consensual, dividiu o instituto em quatro submodelos, a fim de melhor compreender qual o melhor meio a ser utilizado em cada situação.

O primeiro é o *modelo reparador*. Utiliza principalmente a conciliação como meio para chegar a uma solução, objetivando, como o próprio nome afere, a reparação dos danos gerados pelo conflito.

O segundo é o *modelo pacificador*. Este, por sua tamanha relevância no estudo que ronda o domínio dos modelos de justiça, será estudado mais a fundo em outro tópico.

Em terceiro, o *modelo de justiça negociada* baseia-se na confissão do delito, possibilitando acordo entre acusação e acusado quanto a sanção a ser aplicada.

Por fim, o *modelo de justiça colaborativa*, qual propõe a colaboração do acusado em troca de penas mais brandas.

Tais modelos permitem que se faça uma distinção entre os espaços de de conflito, quando a persecução tradicional será utilizada, e os espaços de consenso, quando poderá se utilizar de acordo, mediação, negociação, entre outros.

Em contrapartida aos elogios aferidos à aplicação da justiça consensual, Manoel da Costa Andrade (*apud* ANDRADE, 2019, p. 90-113) se revela céptico quanto a sua eficiência.

Segundo o autor a ideia de um modelo puro de consenso é utópica, isto pois o antagonismo entre vítima e ofensa é parte inerente do conflito. Portanto, é difícil exiegrir do Etado que atue de outra forma, que não resguardando a justiça e o interesse público (ANDRADE *apud apud* ANDRADE, 2019, p. 90-113).

Independente da posição pessoal de cada indivíduo, é crescente a incidência da justiça consensual a medida em que, cada vez mais vem ganhando espaço dentro do Ordenamento brasileiro. Por isso importa o estudo das novas legislações e resoluções existentes para a melhor compreensão e utilização dos mesmos.

2.1 JUSTIÇA RETRIBUTIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA

Para melhor compreender a problemática do direito consensual aplicado ao direito penal, é primordial compreender alguns conceitos de Justiça. Mais especificamente, é preciso compreender os conceitos que rondam a Justiça Retributiva, a chamada “Justiça Tradicional”, em comparação com a Justiça Restaurativa e com a Justiça Consensual.

O direito penal durante boa parte de sua existência foi equiparado a um dever de punição do Estado contra aqueles que cometiam delitos. Neste sentido, não só no Brasil, mas em todo o mundo a pena privativa de liberdade viveu uma grande ascensão, sendo ela protagonista no processo penal.

Diante deste conceito de Justiça, discorre André Giamberardino (2015, p. 67-68):

Nota-se que o discurso hegemônico no âmbito do penalismo moderno é eminentemente utilitarista e reduz a preocupação com questões de justiça estritamente à forma do princípio da proporcionalidade, especialmente no momento de aplicação judicial da pena - proporcionalidade que logo se esvai, ressalva-se, na flexibilidade que caracteriza a execução da pena privativa de liberdade. Reconhece-se a pena como um mal, porém voltado à realização de um bem em seus escopos de utilidades e efeitos de prevenção. Da prevalência de finalidades preventivas à consolidação histórica da execução da pena privativa de liberdade de modo desvinculado da coisa julgada, pois dinâmica e flexível segundo critérios de ordem disciplinar, o que se vê é o afastamento da reflexão sobre o “conteúdo moral da reprovação” ou da pena como “justiça”.

Veja bem, a Justiça Retributiva não questiona o contexto social ao qual o infrator está inserido, o dano causado, o sofrimento das possíveis vítimas ou como a comunidade pode ser afetada, o que se tem, na realidade, é uma preocupação exclusiva com a punição.

Com a primazia da Justiça Tradicional, ora “Retributiva”, e suas penalidades rígidas, baseadas principalmente em penas restritivas de direito, é basicamente impossível visualizar a incidência de alguma forma ou medida de ressocialização do infrator.

Este modelo de Justiça compreende que a punição não é um meio de reconciliação entre o réu e a vítima. Na realidade, apesar do sistema afirmar ser pautada na defesa do indivíduo, sua opinião ou sofrimento não são postos como guias para que se chegue a punição (CARVALHO; ANGELO; BOLT, 2019, p. 72).

Neste sentido, em se tratando do contexto analisado, resta claro o impacto social causado por tal modelo de justiça, vez que uma das consequências mais visíveis foi o aumento significativo da população carcerária e o aumento de prisões super-lotadas.

Quando tal sistema de justiça é aplicado, não é difícil encontrar dentro do sistema carcerário indivíduos que tiveram sua liberdade restringida por conta de delitos de lesividade social mínimas, ou que cometeram delitos para suprir suas necessidades pessoais ou familiares.

Foi diante de alarmante cenário, pautado no aumento do contingente criminal nas cidades e de reincidentes que insurgiu uma necessidade de se observar os aspectos sociais quais eram afetados pelo sistema criminal.

Assim, a Justiça Restaurativa surge como uma busca incessante pela pacificação das relações sociais de forma efetiva, independente da interferência do sistema judiciário com suas decisões.

A Justiça Restaurativa é parte do movimento de abolicionismos penal, sendo ela uma tentativa de trazer de volta o protagonismo da vítima ao processo penal a medida em que idealiza frear o encarceramento (ACHUTTI, 2012, p. 50-53).

Desta forma crê que o Sistema “tradicional” (retributivo) seleciona suas vítimas a partir dos rótulos aos quais a sociedade o estigmatiza. Acredita que a figura do juiz, como terceiro a par do conflito, afasta o envolvimento dos sujeitos da relação, produzindo, assim, mais problemas do que uma solução propriamente dita e disseminando uma cultura punitivista baseada no castigo (ACHUTTI, 2012, p. 50-53).

O Brasil é um país que se auto denomina Democrático de Direito. Este entendimento está diretamente ligado com a possibilidade de seus cidadãos participarem do controle social, dando suas opiniões e fiscalizando as entidades Estatais (MACHADO, 2018, p. 206-210).

Por isso importa ao modelo de justiça Restaurativa a intervenção mínima do Estado, permitindo aos agentes do conflito que imponham sua opinião. Principalmente, devolve a vítima o direito de voz, para se impor ao mesmo tempo para que suas necessidades sejam assistidas.

Delineado pela Resolução nº 225/2016 do CNJ, no país o sistema se demonstra como um conjunto de técnicas e atividades de solução de conflito que incentivam a conscientização das partes.

Diferente do sistema tradicional, a justiça Restaurativa, para além dos envolvidos diretamente e da figura do juiz, traz a tona as famílias e a comunidade que os cercam na busca pela reparação dos danos sofridos.

Segundo já aferido no tópico acima a justiça consensual engloba um conceito amplo, ao qual a justiça restaurativa se encontra como um modelo englobado pela justiça consensual, sendo ela mecanismo que auxilia a Justiça Criminal para que se tenha resolução de conflitos baseado no diálogo entre os agentes.

3 INSTRUMENTOS CONSENSUAIS PENAIS JÁ CONSOLIDADOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O processo como instrumento de resolução de conflitos, sem novas inovações e procedimentos inflexíveis, com o passar dos anos, passa por um processo de estagnação.

A grande demanda do judiciário, baseada principalmente em casos de pequena e média ofensividade lesiva ajuda para que a conclusão dos casos e de seus conflitos existentes demorem a chegar a uma solução.

Segundo o relatório Justiça em Números (2019), hoje o processo penal demora cerca de 4,5 anos na Justiça Estadual e 1,5 ano na Justiça Federal para se chegar ao trânsito em julgado. Tempo exorbitante, se for pensar em casos simples, onde, as vezes, apenas um pedido de desculpas é o suficiente.

Além da demora nas soluções dos conflitos, o processo, no Brasil, é um procedimento altamente custoso, onde as soluções para exoneração definitiva dos custos, até então, dependiam do aval do Poder Judiciários.

Ademais, a insatisfação em relação às penas de prisão demonstram o fracasso do atual sistema como meio de reforma do delinquent (BATISTA; FUX, 2002, p. 279).

Quando a Constituição Federal foi criada, o legislador já demonstrava uma preocupação em garantir uma soluçando rápida a conflitos de menores complexidade e potencial lesivo/ofensivo, seja ele no âmbito cível ou penal.

Eis que os artigos 24 e 98 da Constituição Federal de 1988 estabelecem:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

[...]

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988)

Com esse amparo constitucional, nasceu a Lei nº 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais, introduzindo o consenso no Ordenamento brasileiro como alternativa à burocratização do processo e ao cárcere.

Neste contexto, Weber M. Batista e Luiz Fux (2002. P. 8-9) aduzem sobre o surgimento dos Juizados Especiais:

[...] os Juizados surgem para atuar sobre essa gama de conflitos até então ignorada pelo Estado, oferecendo uma possibilidade de mitigação pelo Poder Judiciário, sem que com isso tenha que submetê-lo ao sistema processual vigente que, como é notório, não tem capacidade para absorvê-los, uma vez que impor a essas pessoas o modo tradicional de solução de conflitos é o mesmo que negar a elas o direito de exigir do Estado que lhe preste jurisdição.

A lei é aplicada contra infrações de menor potencial ofensivo. Seus institutos foram criados voltados a primazia dos princípios da simplicidade, oralidade, celeridade e economia.

Oralidade consiste na necessidade das alegações serem feitas perante ao juiz, estabelecendo um diálogo entre o juiz e as partes do processo. A simplicidade,

também chamada de informalidade, é “o aspecto exterior ou aparente do ato processual, sua manifestação externa, a encarnação sensível da vontade atuante, o que faz com que ele integre o mundo da realidade natural e possa ser captado pelos sujeitos que intervêm no processo” (BATISTA; FUX, 2002, p. 285).

Por sua vez, a economia e celeridade processual são princípios conjugados, vez que primam pela mínima atividade possível, que, conseqüentemente, implica no menor gasto possível, podendo ser inclusive eliminado.

A resolução de conflitos dentro dos Juizados Especiais Criminais voltam-se para a aplicação de penas alternativas à pena privativa de liberdade, sempre que possível. Isso não quer dizer que o processo será extinto, pelo contrário, o processo será utilizado sim, em casos de alta complexidade onde o procedimento é imprescindível à resolução do conflito.

Trata-se de instrumento subsidiário ao processo penal, não elimina a sua atuação no Ordenamento Brasileiro, apenas é uma forma de selecionar quais casos necessitam do procedimento tradicional do processo e quais podem ser resolvidos de uma forma mais simplificada, uma vez que são aplicados apenas aos casos considerados de menor potencial ofensivo.

São instrumentos que integram a atuação dos Juizados Especiais Criminais: composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e a colaboração premiada, sendo os três primeiros considerados pela maior parte da doutrina como institutos despenalizadores.

3.1 COMPOSIÇÃO CIVIL

A composição civil é regida pelo artigo 72 da Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995), estabelecendo:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Trata de acordo firmado ainda na fase pré-processual na tentativa de reparar os danos que foram causados por meio de consenso entre o ofendido e o autor da ofensa.

O juiz, neste caso, é posto como terceiro, conciliador do conflito ou orientando o conciliador. A ele é conferida competência extrajudicial para que o acordo seja homologado.

Sobre esta questão, compreende Scarance Fernandes (*apud* ANDRADE, 2018, p. 163) "[...] rompeu-se com a tradicional orientação legislativa de impedir que, no processo criminal, pudesse ser solucionada a questão civil atinente à reparação do dano".

Apesar de estar no campo do direito penal, este instituto também se vincula ao direito civil. Isto pois o delito penal também pode levar a contingência na esfera cível, como exemplo pedido de indenização por danos materiais sofridos.

Neste sentido, compreende o parágrafo único do artigo 74 da lei que a ligação direta com a possibilidade de reparação do danos civilmente leva a entender que nos crimes de ação privada ou condiciona à representação o acordo, assim que homologado, representa a extinção da punibilidade do autor do delito (BRASIL, 1995).

Para que a negociação possa ocorrer é necessário que estejam presentes na audiência preliminar, para além do autor, vítima e juiz, o Ministério Público e os respectivos advogados.

Caso as partes não cheguem a um acordo, a representação poderá logo ser apresentada, de forma verbal na mesma ora, ou depois. O direito à representação nestes casos não decaem, podendo reclamar seu direito em outra oportunidade.

3.2 TRANSAÇÃO PENAL

Estabelecida pelo artigo 76 da lei nº 9.099/95, a Transação Penal é um acordo desenvolvido entre o Ministério Público e o suposto autor do delito em casos de contravenção penal ou quando a pena máxima não ultrapassar dois anos.

É uma forma de autocomposição na qual o acordo, igual ao instituto anterior, também é proposto durante a audiência preliminar e necessita a presença do defensor da parte.

Aqui, o Ministério Público faz duas propostas: a) aceitar de imediato cumprir a pena restritiva de direitos; b) pagar multa para evitar o processo penal (ANDRADE, 2018, p. 165).

Uma vez feito o acordo, este é levado até o juiz, que o homologará, vinculando o sujeito à obrigação de cumprir com o acordo

Importa inferir que a opção alternativa à prisão não implica em confissão. Uma vez cumprido o acordo o Ministério Público não proporá a ação (ARAS, 2018. p. 295).

Flávio da Silva Andrade (2018, p. 166), compreende que os termos da transação penal de aproximam do instituto do *nolo contendere*. Ora, apesar de não admitir culpa, o autor do fato concorda em cumprir com as medidas restritivas de direito para que o caso seja arquivado.

Sobre a vontade do representante do Ministério Público em propor o acordo mediante o instituto da transação penal, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que, em caso de negativa a proposta por parte do representante do MP em que haja discordância do juiz, o caso deverá ser remetido ao Procurador Geral de Justiça.

Cabe ao PGJ concordar com o juiz, deve ele mesmo propor o acordo, ou designar outro membro do *parquet* para que elabore. Caso concorde em não propositura de acordo, deverá encerrar a discussão (BRASIL, 2003).

3.3 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95, a suspensão condicional do processo demonstra fortes indícios do princípio da oportunidade da ação penal em seu contexto.

Trata de negociação em crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano de prisão entre denunciado, acompanhado de seu defensor, junto ao Ministério Público para que haja a suspensão do processo mediante algumas condições, mas sem que haja confissão (ARAS, 2018, p. 296).

Aqui também é necessária a presença do juiz para fins de extinção de punibilidade mediante a homologação do acordo feito. Porém, diferente dos outros modelos acima citados, a suspensão condicional do processo ocorre após o recebimento da denúncia.

Ocorre que parte da doutrina critica este instituto por entender que, em alguns casos o *sursis* processual acaba sendo tão gravoso quanto as penas impostas na sentença (LOPES JR. *apud* ANDRADE, 2018, p. 178).

3.4 COLABORAÇÃO PREMIADA

Sobre a colaboração premiada, infere Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 29):

A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são *negócios jurídicos processuais despenalisadores*, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva - persegue-se, através dela, a colaboração do maior número de agentes, inclusive do coladorador. Excepcionalmente, agracia-lhe com o perdão judicial, ou até ministerial [...].

Neste sentido, a delação premiada é considerada, dentro da Lei dos Juizados Especiais, como única forma consensual de resolução de conflito penal. Isto pois os demais institutos extinguem a punibilidade do agente.

As propostas feitas servem para diminuição de pena ou concessão de perdão judicial, permite também a concessão de acordo de imunidade, mas não a extinção do feito.

Ao analisá-la à luz da Lei 12.850/2013 pode-se classificá-la como mecanismo de obtenção de prova, tendo natureza bilateral e negocial.

4. INOVAÇÕES NO PROCESSO PENAL CONSENSUAL

Embora a criação dos Juizados Especiais tenha trazido um novo leque de métodos alternativos à persecução penal clássica, o Ordenamento brasileiro ainda se via na necessidade de possuir métodos de justiça consensual penal propriamente dito.

Assim, baseou-se na experiência de outros países, como os Estados Unidos e seu Plea Bargain, para instituir novos métodos, modificados ao contexto brasileiro.

4.1 PLEA BARGAIN: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O MODELO ESTADUNIDENSE

Diante de tantos métodos consensuais voltados à resolução consensual dos conflitos penais e média e baixa ofensividade, o plea bargain é o principal método consensual de conflitos penais voltado a crimes de grandes proporções.

Hoje os Estados Unidos são a maior referência neste instituto, surgindo por meados do século XIX diante uma necessidade de melhor atender ao contingente judiciário, que, assim como a população do país na época, foi crescendo cada vez mais.

Essa foi uma fase marcada pelas inovações constitucionais dentro do sistema Americano de Direito, sendo o plea bargaining uma nova forma de solucionar conflitos mediante a negociação, consenso e diálogo.

Mas não foi logo de cara que ele foi bem aceito pela comunidade jurídica americana. Por muitos anos a Suprema Corte e os Tribunais de Apelação resistiam em aceitar os acordos contestados por delatores por entender haver violação ao direito de defesa.

Sua estabilização como principal meio de resolução de conflitos no país veio bem depois, quando a ABA (American Bar Association) passou a admitir a colaboração premiada.

Diante de um cenário onde o contingente da justiça criminal apresentou significativo aumento, sua utilização ao longo dos anos se mostrou altamente eficiente, impedindo a morosidade do judiciário.

Sobre a relevância do plea bargain como elemento impeditivo da morosidade na justiça penal, estabeleceu a Suprema Corte America que “se todas as acusações criminais fossem submetidas a um julgamento de grande escala, os Estados e o Governo Federal precisariam multiplicar por várias vezes o número de juízes e de tribunais” (LANGBEIN, 2019, p. 116).

Trata-se de um exemplo claro ao princípio da oportunidade, uma vez que se trata de um sistema ilimitado em relação a forma de consenso.

No sistema estadunidense o plea bargaining consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu, assistido por seu defensor. Das negociação, podem sair duas consequências: a) confissão de culpa (*guilty plea*) ou; b) e réu aceita o acordo mas não se declarar culpado (*nolo contendere*) (ANDRADE, 2018, p. 119-127).

O réu também pode se manifestar aceitando o resultado do julgamento, a medida em que afirma que não rebaterá os argumentos que o incriminam. Este é o *plea of nolo contendere*, o acusado afirma que não rebaterá os argumentos do autor, aceitando, assim, o resultado do julgamento (ANDRADE, 2018, p. 119-127).

Hoje, o plea bargain opera aproximadamente 95% dos casos na justiça criminal americana e é o principal método de resolução de conflitos criminais no país.

Destarte sua forma ilimitada de se chegar a uma forma negociada de resolução de conflito penal, John Langbein (*apud* VASCONCELOS, 2015, p. 67) critica o modelo ao entender que na realidade não há barganha, mas sim um mecanismo coercitivo que induz o agente a aceitar o acordo. Infere:

[...] plea bargain ocorre quando o promotor induz o acusado criminalmente a confessar sua culpabilidade e renunciar ao seu direito ao julgamento em troca

de uma punição mais leniente do que aquela que a ele seria imposta se fosse condenado ao final do processo.

É costume quando se vai explicar a barganha utilizar do modelo estadunidense como parâmetro, isso pois é inegável que este seja o mais bem sucedido de todos.

O que é pouco disseminado é que o plea bargain engloba outros tipos de barganha. São elas: **charge bargaining**, possibilita através do acordo a retirada de alguma imputação ou que o acusado declare culpa em crime menos grave; **count bargaining**, onde o acusado assume parte das acusações imputadas a ele (LANGBEIN *apud* VASCONCELLOS, 2015, p. 67); **sentence bargaining**, quando o promotor se compromete a pedir em juízo a concessão de algum benefício, que pode ser aceito ou negado pelo magistrado; por fim, no **fact bargaining** o acusado se declara culpado, porém a forma como o agente será punido é acordado entre as partes (MASI, 2019).

A tendência atual que concerne na ampliação de institutos consensuais para a resolução de conflitos pauta-se em três pilares: "a) estar conforme os princípios do modelo acusatório; b) resultar de um ato voluntário; c) proporcionar celeridade na administração de justiça" (LANGBEIN, 2019, p. 152).

Para o Plea Bargain, isto não é diferente. Não é atoa que o sistema americano de barganha muito se assemelha ao instituto da Lei nº 9.099/95, transação penal como experiência de aplicação de pena restritiva de direito sem o devido processo legal.

Por isso é importante relembrar que, o fato de se mitigar o processo não é sinônimo de eliminação da pena privativa de liberdade. Pelo contrário! Na maioria das situações, o Plea Bargain se mostrará como forma de amenizar a pena, mas não de extingui-lá.

4.1.1 plea bargain no projeto anticrime

Na tentativa de promover no Brasil um modelo de resolução de conflito dentro do direito penal que tenha o mesmo sucesso obtido pelo sistema americano de plea bargain, o Ministro da Justiça, Sérgio Moro, propôs o Projeto de Lei “Anticrime”, qual encontra-se tramitando no Senado Federal atualmente.

Dentre os dispositivos criados para introduzir soluções negociadas no procedimento penal brasileiro, merece destaque o artigo 395-A (CPP). Segue a redação do Projeto de Lei (BRASIL, 2019):

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

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trata de tentativa de implementar o plea bargain no Brasil nos mesmos moldes nos quais ele é aplicado nos Estados Unidos.

Porém, o que não foi pensado quando o texto foi redigido é que, além de um contexto social totalmente diferente, as leis no Brasil são aplicadas segundo o modelo do *civil law*, onde o direito é vinculado a uma produção legislative (GALIO, 2009).

Nestes termos há de se entender que a segurança e a ordem jurídica somente podem ser assegurados pelo direito.

Em contrapartida, o direito americano é pautado nos usos e costumes do *common law*, também conhecida como sistema de precedentes. Common Law é o direito criado pelo juiz através do sistema de precedentes judiciais, e que se contrapõe ao direito criado pelo legislador (GORDILHO, 2009).

O direito americano, diferente do brasileiro, não possui diversas regras que regulam as relações individuais, por isso a aplicação do plea bargain, no modelo existente, dá certo. Uma vez que, inexistindo lei que estabeleça o contrário, os conflitos do cotidiano, bem como os penais e cíveis, necessariamente devem passar por uma fase de diálogo entre as partes para que a melhor decisão seja aplicada ao caso concreto.

Além de confuso, diferente do instituto americano, o projeto de Moro abre margem para que todo e qualquer crime possa ser solucionado mediante negociação, uma vez que a expressão “insignificante”, presente no §10º, abre margem a uma interpretação equivocada sobre o que seria um fato que deve ser punido. Isto pois, para o direito penal, “fato insignificante” não constitui crime.

O projeto peca em outros dois aspectos. O primeiro condiz a na limitação da proposta de acordo ao início da instrução.

Tal limitação pode ser entendida como um cerceamento ao princípio da oportunidade. Ora, se até a delação premiada permite que o acordo seja feito até mesmo depois do processo, não há razão plausível em se limitar o benefício do acordo apenas à instrução

Obviamente que, com a mudança do prazo permitido a negociação de uma proposta de acordo, também deverá ter uma redução condizente. O benefício deve ser proporcional ao estágio onde o processo se encontra.

Por fim, importa lembrar que as medidas englobadas pelo sistema de justiça penal negociada tem como um de seus principais alicerces a redução de condenações em pena de prisão. Ela visa a diminuição da população carcerária diante, propondo soluções diversas.

Seria importante que, para além das penas restritivas de liberdade, o Projeto de Lei acrescentasse alternativas diversas, quais devem estar expressas na lei.

Um bom exemplo, qual poderia ser acrescentado é a prisão domiciliar. Muito bem utilizada durante a Operação Lava Jato, a prisão domiciliar se mostra como uma alternativa à pena de prisão, prevenindo o abarrotamento do sistema prisional.

4.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal teve suas primeiras experiências na França e na Alemanha, antes de chegar ao Brasil.

Na França a realização do acordo teve seu início sem prévia autorização legislativa. Surgem por iniciativa de juízes e promotores de justiça, conscientes do abarrotamento processual e da incapacidade da Justiça Penal em lidar com tamanha demanda processual. Desta forma havia um excesso quanto a aplicação do princípio oportunidade, deixando ilimitadas as possíveis propostas de acordo (CABRAL, 2018, p. 24-26).

Somente em 1993 que foi aprovada e promovida reforma no procedimento penal francês. Ocasão na mediação penal foi inserida em seu contexto legal (CABRAL, 2018, p. 24-26).

Do mesmo modo surge o Acordo de Não Persecução Penal na Alemanha, no intuito de poupar tempo na resolução de casos de menor complexidade, para somente depois ser posto na legislação.

Se difere do modelo francês por um simples fato, o Corte Alemã reconhece que o acordo pode ser feito para além do que sua legislação formal atribui (CABRAL, 2018, p. 26-28).

A Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (posteriormente modificado pela Resolução nº 183/2018 do CNMP) trouxe diversas inovações ao Ordenamento Brasileiro. Dentre elas, o “**Acordo de não persecução penal**” ganha destaque, posta as inovações trazidas ao sistema de instauração e tramitação do procedimento investigatório diante da atuação do *parquet*.

Como bem explanado nos tópicos anteriores, o sistema penal brasileiro foi criado em moldes voltados para uma cultura da condenação, primando por penas privativas de liberdade. Tal contexto tem ensejado uma constante elevação no contingente populacional carcerário, bem como nem sempre possibilitando a ressocialização do indivíduo.

Neste diapasão, o Acordo de Não Persecução Penal insurge como uma quebra de paradigmas, trazendo a tona a possibilidade de justiça restaurativa mediante acordo entre réu e Ministério Público. Este é mais um reflexo de uma tendência de expansão dos espaços de consenso na esfera penal.

Emerge, portanto, como uma nova forma de se tratar o rito processual e, conseqüentemente, a forma de apenar. Assim, descreve, em sua parte introdutória, sua finalidade:

“[...] aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos

advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa;" (BRASIL, 2017).

Tal Resolução entra em vigor como uma nova oportunidade na forma de diminuição das penas privativas de liberdade, pondo em jogo novas oportunidades de cumprimento de penas alternativas, em detrimento da penal privativa de liberdade.

Determinada pelo artigo 18 da Resolução nº 181/2017:

Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (BRASIL, 2017).

Trata-se, portanto, de instituto que se encontra entre a composição civil e a transação penal, servindo aos interesses da vítima e do Estado ao mesmo tempo que atende ao interesse jurídico do suspeito (ARAS, 2018, p. 305).

O instituto foi criado na iminência de “desafogar” o judiciário, como bem explica a redação da Resolução nº 181/2017:

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

Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais[...]". (BRASIL, 2017).

Neste sentido, o instituto caracteriza-se como uma forma de consenso com vistas ao atendimento dos interesses do investigado e do Ministério Público, onde deve-se ter, por parte do *parquet* respeito a certos limites para a negociação, visto que sua liberdade para tanto é restrita, sendo vedado ao membro se valer de concepções individuais (FREIRE JUNIOR, 2018, p. 332-336).

Em resumo, esta é uma nova diretriz para que seja realizada a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal, colocando à frente deste o Ministério Público para que haja a resolução antecipada do conflito e, deste modo, o arquivamento da investigação.

4.2.1 (in)aplicabilidade do instituto

O caput do artigo 18 da Resolução nº 181/2017, modificado pela resolução nº 183/2018, é quem dita como deve se dar o procedimento para a aplicação do Acordo, qual seja:

"Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente" (BRASIL, 2018).

Observa-se desta redação um primeiro requisito. A existência de um parâmetro quantitativo de pena cominado em pena mínima inferior ou igual a 4 anos , desde que o crime não tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça, a partir da que restará possível a proposta de acordo.

Também estabelece que o acordo poderá ser proposto quando o réu, de forma formal e detalhada, confesse a prática do delito, informando eventuais provas de materialidade e de autoria.

Sobre o acordo e a incidência de seus requisitos, aduz Emerson Garcia (*apud* BARROS; ROMANIUC, 2018, p. 51):

"Na disciplina da Resolução CNMP nº 181/2017, não são aplicadas verdadeiras penas, já que os requisitos a serem cumpridos são individualizados em momento anterior à persecução penal, excluindo-a. Acresça-se que o objeto do acordo não importa em qualquer ruptura com o sistema vigente, que admite a celebração de ajustes inclusive em relação ao

quantum da pena privativa de liberdade a ser cumprida, afastando a tradicional tese da indisponibilidade do interesse. Além disso, os requisitos que mais se assemelham às sanções previstas na legislação penal, especificamente às penas restritivas de direitos, são a prestação de serviço à comunidade e o pagamento de prestação pecuniária, os quais sequer redundam em privação da liberdade."

Não há também o que se confundir em relançar ao acordo de não persecução penal e a Transação Penal. Por isso é importante traçar alguns pontos de distinção.

Como já demonstrado, a transação na realidade não é um método de resolução de conflito, mas sim uma causa de extinção da Punibilidade não havendo denúncia, já o Acordo de Não Persecução Penal, tenta mitigar ao máximo a pena, mas não elimina a possibilidade de haver denúncia por parte do MP e a continuidade da persecução penal (ARAS, 2018, p. 294).

Importa inferir que o Acordo de Não Persecução Penal é um instituto subsidiário em relação ao instituto da Transação Penal, anteriormente mencionado. Ou seja, nos casos em que couber a aplicação de ambos os institutos, dar-se-á preferência a aplicação da Transação Penal.

4.2.2 formalização e consequências do descumprimento do acordo

A antiga redação do o artigo 18 da Resolução nº 181/2017 estabelecia que a celebração do acordo somente poderia ocorrer durante a audiência de custódia.

Entretanto, o CNMP alterou o dispositivo do §5º do artigo, ampliando o lapso temporal qual o acordo poderá ser celebrado.

A primazia continua sendo para que o Acordo seja celebrado durante a audiência de custódia, apesar da mudança do dispositivo, porém, se o juiz achar, poderá remeter os autos ao Ministério Público para que uma nova análise seja feita, e, assim, a implementação do Acordo de Não Persecução Penal (BRASIL, 2018).

A celebração do Acordo, segundo o artigo 20 da Resolução 181/2017 enseja na conclusão pelo arquivamento do caso, e, assim, o fim da discussão que o cerca.

Por outro lado, se qualquer medida do acordo for descumprida, cabe ao Ministério Público oferecer denúncia imediatamente, desarquivando o Procedimento Investigatório Criminal ou instaurar um novo para averiguar os novos fatos (BARROS; ROMANIUC, 2018, p. 54-57).

Conseqüentemente, o descumprimento do acordo também enseja no não oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo.

A discussão que se tem quanto descumprimento é quando seria possível desarquivar um PIC diante da discussão de quando a coisa julgada seria formada?

Os Tribunais Superiores entendem que a coisa julgada deve ter ligação direta com os elementos constitutivos do crime e a punibilidade. Uma outra corrente entende que, pelo fato da celebração do Acordo, não chegou a haver sequer a formação do processo penal, portanto nunca formará coisa julgada material (BARROS; ROMANIUC, 2018, p. 54-57).

5. CRÍTICAS À JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E SEUS INSTITUTOS

Para além dos princípios constitucionais que legitimam e protegem a atuação dos institutos da justiça penal consensual, há doutrinadores que compreendem que, a contrário sensu, estes mitigam outros princípios do Ordenamento Jurídico.

A primeira crítica é em relação ao princípio da presunção de inocência. Para Françoise Tulkens (*apud* ANDRADE, 2018, p. 95-96) os mecanismos consensuais mitigam o princípio da presunção de inocência a medida em que se ampara em assunção de culpa do suposto autor do delito para que se chegue a um acordo.

Em suas palavras, “se cada pessoa deve ser considerada inocente até que sua culpa seja estabelecida em um julgamento, o que acontece com a presunção de inocência quando o próprio acusado, nos estágios iniciais do procedimento, sinaliza a renúncia a tal princípio?” (ANDRADE, 2018, p. 95-96).

Estabelecido pelo inciso LVII, artigo 5º da Constituição Federal, na qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), a redação faz necessária a presença do processo, condicionando a condenação e constatação de culpa somente após o trânsito em julgado.

Para este entendimento, a opção do investigado em se declarar culpado antes mesmo da denúncia também fere com a garantia contra a auto incriminação se impondo como modelo coercitivo e injusto.

Entende que se tira do investigado a opção de ser julgado inocente de todas as acusações, a medida em que possa se auto acusar falsamente. Portanto, segundo

esta vertente, o modelo consensual é instável, gera altos riscos a medida em que não se importa de punir um inocente (ANDRADE, 2018, p. 105-107).

Uma das críticas mais duras feitas é de que os institutos negociados de resolução de conflito penal, principalmente no que diz respeito ao Acordo de Não Persecução Penal e a mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Tal princípio é defendido pela doutrina tradicional de processo penal, qual entende que é discricionário a Ministério Público promover a ação penal. Portanto reputam inconstitucional a atuação do *parquet* na elaboração dos acordos, julgam ser uma agressão à Constituição Federal, que distribui as competências legislativas de cada órgão (ANDRADE, 2018, p. 110-112).

Há de se refletir neste contexto, sobre a ausência de igualdade entre as parte, inexistindo voluntariedade.

Pois bem, a igualdade é um dos princípios que rondam o processo penal. Nele existe a paridade de armas, ou seja, as partes são tratadas de forma isonômica, de forma que seja assegurada oportunidades iguais ao longo do processo (FREIRE JUNIOR; SENNA, 2004, p. 279-307).

A crítica existente em relação a justiça penal consensual e o princípio da igualdade é que, pelo fato dos acordos, diferente do processo civil, geralmente serem estabelecidos entre o autor suspeito de ter cometido o delito e o Ministério Público, é inegável a desigualdade existente.

Como órgão do Estado, o Ministério Público está em posição de superioridade em relação ao acusado, não dando oportunidade a um diálogo entre as partes com chances iguais de manifestação (ANDRADE, 2018, p. 107).

Portanto o espaço do diálogo se mostra limitado à imputações feitas pelo Ministério Público, "quem dita o jogo" nos procedimentos consensuais penais.

5.1 PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Para além das críticas aferidas contrárias à aplicação da Justiça Penal Consensual no Ordenamento Jurídico brasileiro, há doutrinadores que defendem a aplicação deste com amparo na própria Constituição

Segundo Flávio da Silva Andrade, a justiça penal consensual possui três pilares fundamentais para sua legitimação (ANDRADE, 2018, p. 62-63).

O primeiro deles é o da dignidade da pessoa humana. Presente no artigo 1º da Constituição Federal, impõe ao Estado o dever de cuidar de seus cidadãos como sujeitos de direito. Assim, ensina Ingo Wolfgang Sarlet (*apud* ANDRADE, 2018, p. 63):

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração, por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos

Neste sentido, a justiça consensual penal preza pelo respeito ao princípio da dignidade humana, no que tange todos os sujeitos do processo.

Não é desconhecido o fato de que o processo penal muitas vezes ocasiona constrangimento entre as partes. Para o réu, o processo penal tradicional e sua tortuosa demora o aflige. Saber que o destino da sua vida está nas mãos de um terceiro não é fácil.

Ao mesmo tempo em que espera, a vítima também almeja por respostas.

É diante deste contexto que o princípio da dignidade humana se encontra inserido aos ditames da justiça consensual penal. Isto pois o consenso oportuniza aos sujeitos do processo que se envolvam diretamente na busca por uma solução.

Ora, é construído um de tratamento mais humanizado aos sujeitos do conflito, permitindo que encontrem, juntos, a melhor solução a importunação gerada pelo delito.

O segundo pilar é o direito à duração razoável do processo. Como explicado, o procedimento tradicional de resolução de conflitos mediante a judicialização deste é um sistema em crise.

A quantidade exorbitante de conflitos judicializados é tamanho, não conseguindo o Poder Judiciário dar conta de todos os processos, fazendo com que certos conflitos demorem anos, e até décadas, para se chegar a um fim.

Sobre a duração razoável do processo, a Constituição a afere em seu artigo 5º, inciso LXXVIII a disposição sobre o princípio. “A demora excessiva na tramitação de um processo acarreta prejuízos, sofrimento e pode gerar a luta inutilidade do provimento jurisdicional” (ANDRADE, 2018, p. 63).

Perceba que o primeiro pilar se relaciona também com o segundo pilar. A demora no processo prolonga o constrangimento, podendo chegar a causar danos irreparáveis.

O último pilar, mas não menos importante, é o da eficiência. Este é o princípio que legitima o surgimento da justiça consensual.

“Soluções rápidas e satisfatórias” para a resolução de conflito. Ora, é importante para o Estado que o Judiciário seja o mais célere possível, mas, mais importante é que a decisão acarretada seja forte o suficiente para gerar consequências jurídicas.

Neste sentido a justiça compreende que não é necessário passar por toda a persecução penal para se ter uma solução apta a controlar a sociedade. Basta que para tanto seja escutado os protagonistas do conflito e suas opiniões.

Importa aferir que esses três pilares básicos para aplicação do consenso penal somente estarão presentes na relação entre as partes quando estiverem aptas a estabelecer entre si uma relação de respeito e dialogo, caso contrário, a justiça penal consensual falhará, sendo a única alternativa apelar ao procedimento tradicional.

Por isso o diálogo é elemento essencial à efetivação dos métodos consensuais de resolução de conflito, não só na área do direito penal, mas em todos os ramos do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Processo Penal Tradicional ainda é o meio mais procurado para a resolução de conflitos criminais. Isto vem de um longo processo de judicialização dos conflitos, e não será de uma hora para outra que esta cultura será extinta.

Resta clara a falha existente no sistema penal brasileiro atual. A morosidade e os altos gastos com o processo penal faz com que o instituto seja cada vez mais insatisfatórios à população. que está imerso em morosidade e gastos abundantes desnecessário

Os institutos da Justiça Penal Consensual, por sua vez, surgem como uma necessidade do judiciário em se “desafogar” do imenso contingente processual existente. São maneiras inovadoras voltadas aos conflitos de média e baixa ofensividade lesiva, e tem como fundamentos legitimadores os princípios da dignidade humana, da duração razoável do processo e da eficiência.

Os princípios que pautam a justiça consensual penal devem funcionar de maneira integrada para que se chegue ao melhor caminho a ser tomado na aplicação de cada caso em concreto.

Entretanto, este ainda está passando por um processo de amadurecimento, a medida em em um processo de amadurecimento e de novos experimentos. Portanto seus institutos ainda possuem falhas.

Das diversas críticas atribuídas a seus institutos, destaca-se o que diz respeito a inexistência de igualdade de barganha, da presunção de culpabilidade e o princípio da obrigatoriedade do processo penal, tão defendidos pela Constituição.

Entretanto, a proteção exarcebada da não-aplicabilidade dos institutos consensuais penais em detrimento à proteção dos princípios acima citados se mostro um argumento superado.

Isto pois a justiça penal consensual, na realidade, é uma oportunidade ao réu de passar ou não pelo procedimento padrão ou não. Ou seja, não trata de renúncia à princípios do processo penal, mas sim a oportunidade de se alcançar uma pena mais satisfatória às partes do processo.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo Penal e Justiça Restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Ed.). **Revista de Direitos e Garantias fundamentais Brasileira de Ciências Criminais**. Vitória, jan./jun. 2012. 15 v. p. 50-53.

ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e Plea Bargaining. In: CUNHA, Rodrigo Sanches et. Al. (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 218-219.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: Controvérsias e desafios**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 30-178.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: Rodrigo Sanches et. Al. (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 294-305.

BATISTA, Weber M.; FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal: A Lei Nº 9.099/95 e sua Doutrina mais recente**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 08-285.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jerson. Constitucionalidade do Acordo de Não-Persecução Penal. In: Rodrigo Sanches et. Al. (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 51-57.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Rideel, 2003. p. 17-19.

BRASIL. Anteprojeto de Lei: **Projeto de lei Anticrime (2019)**: Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181 de 07 de Agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em: 15 out. de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183 de 24 de Janeiro de 2018**. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf> >. Acesso em: 28 out. de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL, Lei, nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 696**. Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. Brasília, 13 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>> . Acesso em: 29 out. 2019

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução n. 181/17-CNMP). In: Rodrigo Sanches et. Al. (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 24-28.

CARVALHO, Thiago Fabres de; ANGELO, Natieli Giorisatto de; BOLT, Raphael. **Criminologia Crítica e Justiça Restaurativa no Capitalismo Periférico**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 72.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 148-156.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O Acordo de Não Persecução Penal: permissões e vedações.). In: Rodrigo Sanches et. Al. (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 332-336.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009.

GALIO, Morgana Henicka. História e Formação dos Sistemas Civil Law e Common Law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e; MALGALHÃES, Juliana Neunschwander; WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito II**. Florianópolis: Conpedi, 2014.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 28 out. 2019.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: A Censura para além da Punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 67-68.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Justiça Penal Consensual e as Garantias Constitucionais do Sistema Criminal do Brasil e dos EUA**. Fortaleza: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, 2009. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6431>>. Acesso em: 28 out. 2019.

GORETTI, Ricardo. **Gestão Adequada de Conflitos**: Do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 33-38.

Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 28 out. 2019.

KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres**. Madrid: Tecnos, 2008. p. 39.

LANGBEIN, Juhn H. Compreendendo a curta história do plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Coord). **PLEA BARGAINING**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. 1 v. p. 116-152.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – **Infopen**, atualizado até junho/2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>>. Acesso em: 28 out. 2019.

MACHADO, Jorge; CRAVEIRO, Gisele; RIZZI, Esther. Os Desafios so Controle Social no Sistema de justiça brasileiro. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Ed.). **Revista de Direitos e Garantias fundamentais Brasileira de Ciências Criminais**. Vitória , 2018. 19 v. p. 50-53.

MASI, Carlo Velho. **A plea bargaining no sistema penal norte-americano**. Publicado em 29/07/2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano/>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 22-28

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2014. Disponível em: <<https://signon.thomsonreuters.com/?productid=EREAD&viewproductid=EREAD&returnto=http%3A%2F%2Fproview.thomsonreuters.com%2Ftitle.html%3FtitleKey%3Drt%2Fmonografias%2F99684731%2Fv13.4%26titleStage%3DF%26titleAcct%3Dia744a5af00000169725a8c6a25e6511c&culture=pt-BR&lr=0&bhcp=1&bhhash=1#sl=e&eid=4ebfe7d65f766988f9a8ca9194b67a98&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>>. Acesso em: 28 out. 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) premiada. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 29

VARGAS, José Cirilo de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p.67.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendencias de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: Ibccrim, 2015. p. 67

VILARES, Fernanda Regina. O Consenso Habermasiano no Processo Penal: Justiça Penal Consensual e o Princípio da Oportunidade nos Crimes Tributários. In: COSTA, Helena Regina Lobo da (Coord). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 98 v. p. 322.