


JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL NO BRASIL: CENÁRIO ATUAL E PERSPECTIVAS



Jean Renner Muniz da Silva
Maurício Aparecido Consoni Fernandes



EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

Jean Renner Muniz da Silva
Maurício Aparecido Consoni Fernandes

Justiça consensual penal no Brasil: cenário atual e perspectivas

1ª ed.

Piracanjuba-GO
Editora Conhecimento Livre
Piracanjuba-GO

1ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Silva, Jean Renner Muniz da
S586J Justiça consensual penal no Brasil: cenário atual e perspectivas
/ Jean Renner Muniz da Silva. Maurício Aparecido Consoni Fernandes. – Piracanjuba-GO

Editora Conhecimento Livre, 2021

61 f.: il

DOI: 10.37423/2021.edcl252

ISBN: 978-65-89955-03-0

Modo de acesso: World Wide Web

Incluir Bibliografia

1. consenso-penal 2. negócio-penal 3. colaboração-premiada I. Silva, Jean Renner Muniz da II. Fernandes, Maurício Aparecido Consoni III. Título

CDU: 340

<https://doi.org/10.37423/2021.edcl252>

O conteúdo dos artigos e sua correção ortográfica são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

Corpo Editorial

Dr. João Luís Ribeiro Ulhôa

Dra. Eyde Cristianne Saraiva-Bonatto

Dr. Anderson Reis de Sousa

MSc. Frederico Celestino Barbosa

MSc. Carlos Eduardo de Oliveira Gontijo

MSc. Plínio Ferreira Pires

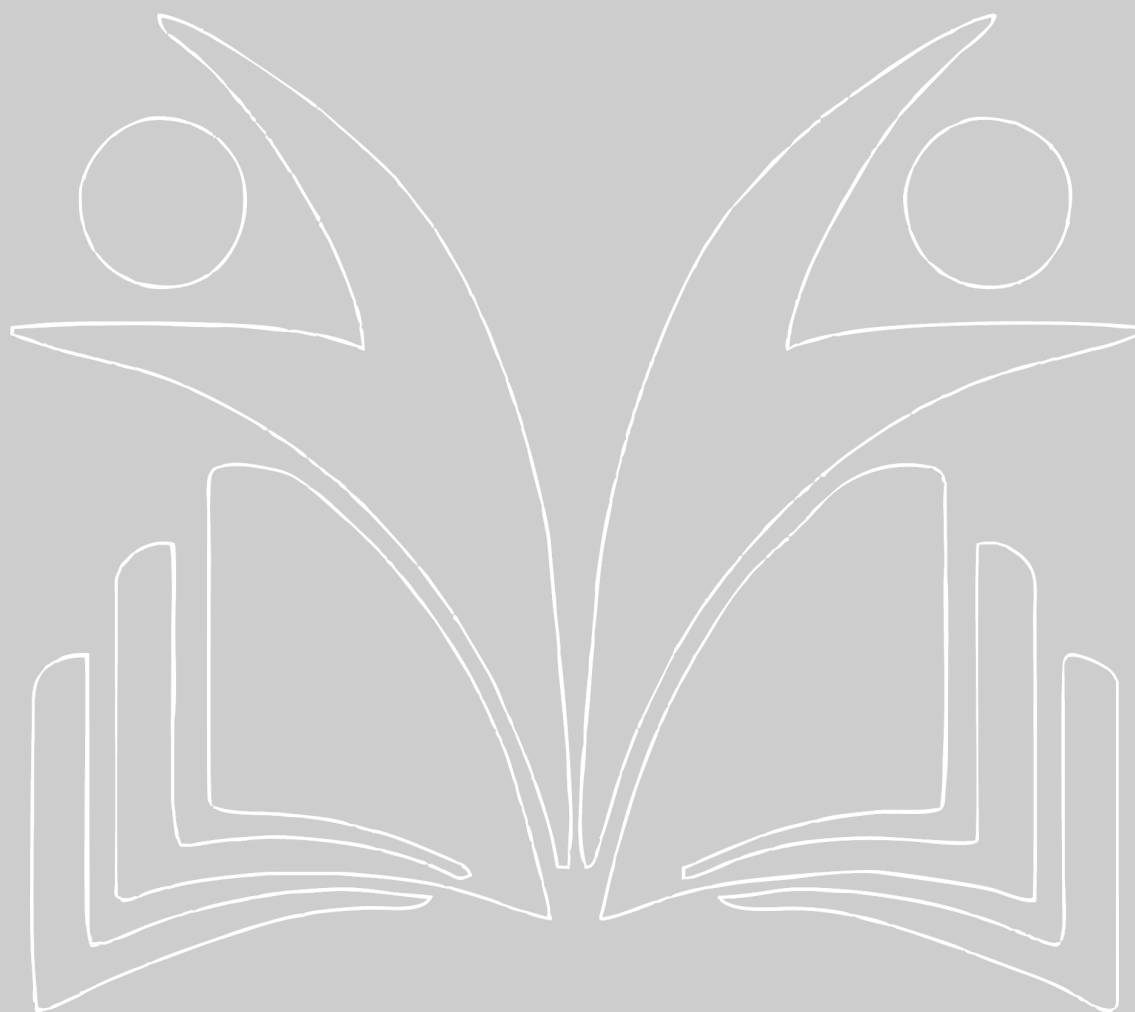
Editora Conhecimento Livre

Piracanjuba-GO

2021



10.37423/2021.edcl252



AGRADECIMENTOS

A Deus, pois sem ele nada se pode fazer.

A minha família, que é minha base e conforto de todas as horas.

A minha namorada, minha motivação para seguir em frente.

Ao meu orientador, pela atenção, simpatia e sabedoria a mim dispensadas.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para este trabalho.

Um processo penal que não funcione não é útil à democracia.

(Afrânio Silva Jardim)

Resumo: Objetivando entender a aplicação do direito consensual penal no Brasil, foi realizada uma pesquisa bibliográfica para delimitar o significado de acordo penal e seus elementos identificadores. Abordou-se ainda os modelos americano, alemão e italiano de acordos no âmbito criminal, buscando as influências que estes ordenamentos jurídicos possam ter na legislação pátria e possíveis inovações para o processo penal nacional. Foi feito um levantamento entre as críticas e os elogios feitos ao negócio penal consensual para refletir a respeito da viabilidade ou não deste tipo de solução. A fim de aprofundar o estudo do consenso penal brasileiro, foi feito um estudo sobre a composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e acordo de não persecução penal, das decisões dos tribunais superiores e dos projetos de lei que tratam do tema. Constatou-se a prevalência dos benefícios do consenso penal sobre as críticas, e a legalidade, controle judicial, busca por pena não privativa de liberdade e atuação do titular da ação penal como características do modelo brasileiro de acordos no âmbito penal.

Palavras-chave: Consenso penal. Negócio penal. Colaboração premiada.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
CONSTRUINDO UM CONCEITO.....	9
DIREITO COMPARADO E INFLUÊNCIAS.....	12
ESTADOS UNIDOS	12
ALEMANHA.....	14
ITÁLIA	16
CRÍTICAS E ELOGIOS AO CONSENSO PENAL.....	18
INSTITUTOS DE JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL NO BRASIL.....	24
COMPOSIÇÃO CIVIL	24
TRANSAÇÃO PENAL	25
SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	26
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	36
O CONSENSO PENAL NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	40
PROPOSTAS DE DIREITO PENAL PREMIAL NO BRASIL	43
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	51
NOTAS	53

INTRODUÇÃO

Com o crescimento da taxa de criminalidade e o conseqüente aumento do número de processos tramitando na justiça criminal brasileira, estamos diante de um quadro preocupante. Os processos que em geral já tem uma tramitação lenta passam a ser ainda mais prejudicados diante de um poder judiciário que recebe mais ações do que podem julgar, levando a ineficiência da prestação jurisdicional e a ameaça de impunidade para as infrações penais cometidas.

Diante destas previsões inquietantes, os poderes constituídos (executivo, legislativo e judiciário), profissionais do direito, estudiosos do tema entre outros interessados tem buscado alternativas ao processo penal tradicional, que já se mostrou incapaz de fazer frente a grande demanda de casos a ele atribuído.

Uma destas soluções é a chamada justiça consensual penal, que consiste em trazer para o âmbito penal a possibilidade das partes, através de concessões mútuas, chegarem a uma solução por acordo entre os envolvidos. Estes instrumentos já são empregados de forma satisfatória por diversos países, em alguns casos a mais de um século, já no Brasil, o consenso vem se instalando timidamente a menos de 30 anos. Tal assunto vem a pauta diante de sua ampla utilização em casos de grande cobertura midiática e pelo advento da Lei 13.964/2019, que entre as novidades traz o acordo de não persecução penal, que é um negócio processual penal.

Mas, como se dá o modelo brasileiro de consenso penal? Quais são suas características? Quais são os modelos de negócio criminal estrangeiro que inspiram os institutos nacionais? Como é a percepção dos doutrinadores a respeito desta hipótese? Como a jurisprudência entende os acordos no campo penal? Qual as ideias do legislador para o tema nos próximos anos.

Estas são questões que o trabalho tenta responder. O estudo busca entender o sistema de consensual penal brasileiro, através de uma compreensão do que é o acordo penal em si, como se dá sua aplicação em outros ordenamentos jurídicos e como estes instrumentos influenciam os institutos brasileiros, as críticas dirigidas a este modelo e como ele beneficia o processo, além da jurisprudência dos tribunais e propostas de alteração e ampliação dos espaços de consenso no direito penal.

Inicialmente, nos ocupamos de entender o próprio conceito do que é o consenso penal. Para identificar com maior propriedade aqueles institutos que podem ser considerados como soluções consensuais penais, procuramos identificar os sinais característicos desta forma de justiça criminal, a

fim de construir uma certa ideia daquilo que constitui a essência dos instrumentos consensuais no âmbito penal.

O estudo dispõe de um espaço para a análise de como se dá o consenso penal nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Esta parte do trabalho possibilita entender os diferentes tipos de negócio penal possíveis e, inclusive, identificar as origens desta forma de solução e como elas influenciam o modelo brasileiro. Ainda abordando o direito comparado, é possível conhecer diversas formas de aplicação dos acordos criminais, elencando possíveis soluções para o processo penal brasileiro.

É certo que, embora o consenso venha ganhando cada vez mais espaço nos ordenamentos jurídicos no âmbito penal, tal avanço não ocorre de forma unânime e enfrenta a resistência por parte dos profissionais e acadêmicos do direito. Este cenário explica por que a implantação deste tipo de solução é tão difícil e lenta. Para entender esta discussão elencamos algumas das mais recorrentes e relevantes críticas aos espaços de consenso na persecução penal, e os principais elogios feitos a esta forma de justiça criminal, a fim de compreender se sua adoção se justifica.

Com estes argumentos postos, passamos a análise do ordenamento jurídico brasileiro propriamente dito. Voltamos nossa atenção ao estudo dos institutos de direito consensual penal já em aplicação e previstos na legislação nacional, em busca de características comuns que confirmem certa identidade ao modelo brasileiro de negócio processual penal. Neste ponto, é válida a compreensão dos instrumentos da legislação pátria para identificar seus eventuais defeitos e aperfeiçoar o próprio processo.

Embora a lei seja parte fundamental do devido processo legal, especialmente em um país atrelado ao *civil law*, é fato que a aplicação desta não é automática, tampouco se limita a interpretação literal. Neste contexto, destaca-se o papel do Poder Judiciário na realização do acordo penal. Posto isso, para compreender adequadamente a utilização do consenso penal, é necessário conhecer o entendimento dos magistrados a respeito de tal tema, uma vez que estes também integram nosso ordenamento jurídico. Com este fim, elencamos os principais julgados das cortes superiores neste assunto.

Por fim, resta a análise dos planos futuros para o consenso penal, abordando os projetos de lei que estão em tramitação. É a partir desta investigação que teremos uma ideia daquilo que o legislador identificou como problema nas leis em vigor, e aquilo que é considerado como um meio apto para solucioná-los. Assim, poderemos entender quais são as tendências a serem implantadas no modelo nacional de direito consensual penal.

CONSTRUINDO UM CONCEITO

Delimitar um determinado instituto jurídico sempre é tarefa das mais difíceis. Assim, muitos autores procuram dar sua contribuição na construção e no aprimoramento do Direito, partilhando suas reflexões sobre temas postos em discussão. A justiça penal negociada não é exceção, tendo seu conceito variando de acordo com o autor escolhido.

Isto posto, passamos a abordagem de um dos vários conceitos de justiça penal consensual. Para a análise deste instituto, partiremos das lições da professora Rosimeire Ventura Leite, que explorou em sua dissertação de Doutorado aspectos do consenso no processo penal, vejamos:

[...]

O fenômeno de que nos ocupamos compreende um modelo de processo penal que atribui uma maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos-órgão acusador, imputado e, eventualmente, vítima- de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha um papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou procedimento.

[...]

Destacamos que o conceito da autora é bastante didático e preciso pois, conforme mencionado pela própria professora, não adentra na polêmica da distinção feita entre justiça consensual, que seria aquela em que a participação do réu se reduz a aceitar ou não o acordo da acusação, e a justiça negociada, onde haveria poder do réu de influenciar na proposta que lhe é apresentada. Adotam-se ambos os termos como sinônimo¹.

O primeiro ponto a ser destacado, e provavelmente o mais importante, é o papel que a vontade das partes desempenha neste modelo de processo penal. Neste cenário, acusação e defesa afastam parte de seus papéis antagônicos e tentam estabelecer pontos em comum, buscando a construção de uma decisão consensual.

O processo penal de forma geral é marcado pelo seu caráter majoritariamente adversarial. Em que pese a função do Ministério Público de fiscal da Lei, sua atuação na persecução penal é quase que unicamente como titular da ação penal pública, o que a primeira vista eliminaria qualquer possibilidade de comunhão de vontades com o acusado, que defende seu direito de liberdade.

Entretanto, o cenário recente do processo penal brasileiro vem diminuindo a considerável distância que existia entre os interesses do autor e do réu. A ampla cobertura da mídia quanto as operações policiais, especialmente quando envolvem figuras públicas como políticos e grandes empresários, as

prisões preventivas infundáveis², tornaram o vagaroso procedimento criminal um desgaste também para a defesa.

Diante desta realidade, tornou-se conveniente para a acusação e para a defesa a realização de um acordo. Para aquela, a celeridade e eficiência processual, além da facilidade na busca de provas, relativas ao próprio acusado ou de outros criminosos. Para esta, a possibilidade de condições favoráveis e até mesmo a exclusão da pena, além de uma maior certeza quanto ao desfecho da ação penal.

A busca deste acordo para o desfecho do processo é outro ponto interessante da justiça penal consensual. Se o rito criminal em vigor é marcado pela morosidade do formalismo e pelo caráter protelatório de diversos recursos manejados perante as cortes, o consenso penal tem a possibilidade da pronta apresentação de resultados com a redução da intervenção do Poder Judiciário.

É importante frisar que, embora a atuação dos magistrados seja reduzida, ela não é extinta. Isso porque o julgador, sem preferências pelas partes do processo, será aquele que poderá analisar de maneira imparcial o conteúdo do acordo, exercendo controle sobre o que foi negociado, o que é característica comum dos modelos mais consagrados de consenso penal³.

Caberá ao membro do Poder Judiciário averiguar a respeito da voluntariedade do acusado na negociação (ausência de coação), o lastro probatório da acusação (visando evitar processos temerários), ciência do acusado dos seus direitos e efeitos da negociação. Numa análise mais restrita ao ordenamento jurídico pátrio, difícil seria imaginar uma atuação do juiz que dispensasse a presença de um defensor para o acusado, além da análise de razoabilidade e proporcionalidade do acordo.

Algumas conceituações trazem em seu bojo uma possível discussão quanto a abrangência do acordo. Assim, questiona-se qual ou quais seriam os objetos no âmbito do ajuste penal? Apenas disposições de direito processual ou seria possível que o convencionado entre as partes trate de aspectos de direito penal e processual penal.

Rodrigo da Silva Brandalise entende que a barganha penal tem como objeto exclusivo disposições de direito processual penal, o que se pode verificar através de seu conceito exposto a seguir:

[...] é um acordo voluntário acerca do **exercício de direitos processuais** e que determina o encurtamento do procedimento, na medida em que leva a uma sentença de forma mais acelerada (e que tende a ser mais benéfica ao acusado, já que o réu deixa de utilizar direitos processuais). Além da voluntariedade, devem estar presentes a inteligência/compreensão de seus termos, um

substrato fático e a efetiva assistência de um advogado/defensor para sua efetivação (em prol do direito de defesa) (BRANDALISE, 2016, p. 29). grifo nosso

Em visão mais abrangente, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho preferem conceituar a justiça penal consensual como um “ negócio penal e processual penal pode ser conceituado, de forma ampla, como um acordo entre acusação e defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito” (2016, p. 384).

A respeito desta questão é inviável chegar a um consenso doutrinário amplamente válido. A abrangência do conteúdo do negócio penal dependerá do ordenamento jurídico e do modelo de justiça penal consensual a ser implantado no país. Sendo o Brasil um país de tradição romano-germânica, e, portanto, filiado ao *civil law*, caberia a lei regular eventuais poderes da barganha penal.

Do ponto de vista prático, seria de pouca valia o estabelecimento de um modelo consensual penal sem a possibilidade das partes versarem sobre aspectos de direito material. Embora o acordo referente a matérias processuais possa trazer algum benefício ao réu (afastamento das prisões e outras medidas cautelares), é no direito material que se encontram os motivos mais interessantes para a realização de um acordo (redução de pena, regime prisional inicial mais benéfico, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos entre outros).

Embora exista essa divergência, comparando os conceitos anteriormente expostos podemos chegar à conclusão que, ainda que não haja consenso quanto ao conteúdo de direito material, a justiça negociada sempre envolverá disposições de caráter processual penal. Esta observação é pertinente, pois são essas concessões no âmbito do processo que permitem a solução mais rápida da ação penal.

Isto posto, podemos concluir que, ao contrário da acusação, que os termos da proposta ficarão vinculados ao ordenamento jurídico que a regulamente, podemos esboçar algumas concessões que serão atrativos da defesa para que a parte contrária aceite sua proposição, entre elas a aplicação imediata de pena, confissão espontânea, não produção de provas e recusa ao silêncio (em relação a terceiros).

Vale mencionar ainda quanto ao momento de realização do acordo. Este é outro ponto que varia, já que em diferentes países utilizam este instituto em momentos variáveis da persecução criminal. Entretanto, é de se presumir que com o avançar do processo, a barganha deixa de ser tão interessante para a acusação, e, portanto, a defesa provavelmente não obterá tantas vantagens quanto teria em momentos anteriores.

Por último, resta a abordar quanto a possibilidade de participação da vítima durante a elaboração do acordo penal. Em que pese o interesse da vítima na condenação do acusado e de possíveis reflexos patrimoniais, sua participação e seu papel⁴ nela não são unanimidade.

Assim, podemos afirmar com certa propriedade que a justiça penal consensual se trata de um acordo firmado entre a acusação e a defesa no âmbito da persecução penal, referente ao exercício de determinados direitos processuais ou processuais e penais, visando uma solução mais ágil para a ação penal.

DIREITO COMPARADO E INFLUÊNCIAS

A justiça penal consensual não é uma invenção brasileira, tampouco é uma opção restrita a alguns países. O consenso penal já é a muito observado em outros países e incorporados a tradição jurídica desses. Ainda que existam uma ou outra particularidade de país para país, a verdade é que a justiça negociada no âmbito criminal já é algo disseminado no mundo todo.

Para este estudo, utilizamo-nos do direito comparado, investigando a respeito dos modelos de justiça penal consensual utilizados em alguns países, buscando analisar quais as suas características e quais delas seriam de algum proveito para o Brasil.

Atualmente, a adoção de instrumentos de justiça penal consensual é recomendada pela Organização das Nações Unidas. Em sua convenção de combate a corrupção de 2003, que conta com cerca de 150 ratificações, entre elas a do Brasil, feita através do decreto 5.687/2006, traz em seu artigo 37 que os Estados devem adotar formas de colaboração dos autores de delitos, prevendo possíveis benefícios para estes.⁵

ESTADOS UNIDOS

Sendo o país com a possível maior tradição no campo da justiça penal consensual, os Estados Unidos contam com mais de cem anos de experiência na utilização desta forma de solução de conflitos. O país norte americano utiliza a barganha criminal (*plea bargain*) como forma de solucionar cerca de 90% dos processos criminais.

Dentre as negociações possíveis, está o *guilty plea*, no qual o acusado assume a culpa pela imputação, ou ainda um acordo de *nolo contendere*, pelo qual o acusado não assume a responsabilidade pelo fato criminoso, mas simplesmente renúncia ao direito de contestar a ação. Em ambos os casos, é necessária a abdicação ao direito de julgamento pelo júri, o que é feito em uma audiência perante o juiz

(*arraignment*). Destaca-se que, se nesta audiência o réu se declarar não culpado (*not guilty*), o processo penal prosseguirá normalmente, com a instrução e julgamento.

No *plea bargain*, é possível a obtenção de alguns benefícios, seja ele o *sentence bargaining*, onde é possível que a acusação solicite ao juiz a imposição de penas mais brandas (não requerer pena máxima ou menor do que a legalmente prevista) ou não resistir a pena solicitada pela defesa, ou ainda se tratar de um *charge bargaining*, pelo qual o autor do fato assume a responsabilidade pelo mesmo e a acusação não exercita a ação penal em relação a outros fatos, retira alguma agravante ou classifica o crime como menos grave.

Embora existam estes dois tipos diversos de benefícios, o ordenamento jurídico estadunidense permite a combinação de ambos para criar tipos mistos de benesses provenientes da barganha penal.

Da negociação dos termos do acordo penal, participam a acusação e o acusado acompanhado de seu advogado. O papel do juiz neste momento é variável de Estado para Estado, embora a maioria destes opte por manter o juiz distante da discussão das cláusulas do pacto penal a fim de lhe garantir a imparcialidade, existem exceções, como é o caso dos Estados de Illinois, Vermont e Carolina do Norte (*judicial plea bargaining*).

Assumindo que o juiz do *plea bargain* tem um papel mais habitual quanto a homologação do que foi estabelecido pelas partes, a ele cabe verificar se foram observados os requisitos para a realização do acordo criminal: O acusado deve ser advertido sobre seus direitos a assistência de um advogado, a produção de provas, a um julgamento e a não incriminação), verificando ainda a voluntariedade da decisão do autor dos fatos, inexistência de coação, ciência das consequências do acordo e que não haja ofensa ao interesse público.

Vale destacar que a utilização do *plea bargain* nos Estados Unidos ao longo dos anos, já vem referendada com manifestações positivas da Suprema Corte daquele país. A constitucionalidade dos acordos penais foi reconhecida em *Brady x United States* (397 U.S. 742, 1970), anteriormente, se reconheceu o negócio penal deve ser voluntário e o réu advertido de suas consequências (*McCarthy x. United States*, 394 U.S. 459, 1969).

Em outras oportunidades, a Suprema Corte estadunidense reiterou seu entendimento neste tema, como por exemplo, nos casos *North Carolina x Alford* (1970), *Santobello x New York* (1971), *Lafler x Cooper* (132 S.Ct. 1376, 2012); *Missouri x Frye* (132 S.Ct. 1399, 2012). Neste último julgamento, a

barganha criminal foi abordada pelos julgadores não apenas como um acessório do sistema de justiça criminal, mas como um sistema de justiça criminal autônomo.

ALEMANHA

Outro país que adota modelos consensuais em seu processo penal é a Alemanha. Apesar de ser um dos países europeus com maior tradição no uso de acordos criminais, estes começaram a ser realizados de maneira informal, isto é, sem a respectiva regulamentação legal, pelo Poder Judiciário daquele país.

A doutrina aponta o ano de 1970 como o marco inicial das barganhas penais em terras germânicas, importadas do processo cível. Como já mencionado, nos primórdios dos negócios criminais não existiam limites legais para sua realização, de forma que estes eram realizados pelos Tribunais da maneira que melhor lhe apossesse.

Desde o início, o *Absprachen* tem como característica o envolvimento do julgador nas negociações. O juiz alemão assumia o compromisso diretamente com o réu de fixar um teto para sua punição, embora não se tratasse de uma pena final estabelecida, o que seria feito posteriormente na ocasião do julgamento.

A confissão do acusado não acarretava imediata extinção do processo, pois esta seria avaliada pelo juiz e só autorizaria a dispensa de produção de outras provas se a sua alegação for crível. Esta possibilidade de abreviar o procedimento era percebida nas estatísticas, onde se registrou que até 50% dos processos penais eram resolvidos por meio de um acordo.

As primeiras manifestações das cortes superiores alemãs começaram a partir da década de 80, embora os acordos envolvessem, geralmente, renúncia ao direito de recurso. A Corte Federal Constitucional da Alemanha avaliou a constitucionalidade das barganhas penais no ano de 1987. Nesta oportunidade, o Tribunal afirmou a compatibilidade dos acordos criminais com a Constituição por considerar que a confissão era benéfica ao acusado, desde que observado o direito ao julgamento.

Embora fosse reconhecida a constitucionalidade dos acordos, ainda existia muita incerteza sobre os limites do conteúdo da barganha penal. Neste contexto, o Supremo Tribunal de Justiça (BGH), em 1997, estabeleceu exigências para a realização das negociações. Esses requisitos, podem ser verificados no fragmento da obra de Brandalise e Andrade (2018, p. 231-232) exposto a seguir:

a) o resultado final da *Absprachen* deveria acontecer durante a audiência pública, devidamente registrada, com o conhecimento e presença de todos os participantes. Ou, quando fora da audiência, seus fundamentos deveriam ser trazidos para registro na Corte [...]. Tudo para que fosse possível o controle posterior dos atos praticados (tanto de forma negativa como de forma positiva); b) deveria a *Absprachen* conduzir a um julgamento que fosse condizente com a culpa do acusado na prática do delito, pelo que incabível a negociação do conteúdo da acusação, e a confissão deveria mitigar a sentença por auxiliar na redução do prazo do processo, em razão da colaboração do acusado, qualquer que fosse a motivação dela; c) não poderia o juiz antecipar a pena imposta [...]; d) a confissão deveria ser apenas mais um elemento de prova, não podendo ela, sozinha determinar a culpa do acusado. [...] Dado o princípio da livre apreciação da prova, o juiz deveria estar convencido do cometimento do fato descrito na acusação; e) incabível a renúncia ao direito de apelar da decisão como condição para o acordo.

Ainda sobre os requisitos, o Tribunal destacou que o acordo deve ser realizado sem nenhum tipo de pressão, ameaça ou intimidação, devendo preponderar o direito a liberdade do acusado.

Em que pese a grande relevância do julgamento supracitado, este terminou por não cumprir todos os seus objetivos. Na prática, havia uma séria resistência a alguns dos requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal de Justiça para a feitura das barganhas criminais, como é o caso da renúncia ao recurso, que continuou a ser aplicada ao *Absprachen*, embora a corte superior houvesse vedado expressamente tal prática.

Esse quadro de violações aos requisitos do acordo penal foi constatado pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça em 2005, o que levou a corte a sugerir ao Poder Legislativo que aprovasse uma lei para tratar definitivamente da matéria em discussão.

Desta forma, em maio de 2009, foi aprovada a Lei de Regulamentação dos Acordos no Processo Penal, que alterou o Código de Processo Penal alemão (*Strafprozeßordnung- StPO*), acrescentando o parágrafo 257c, responsável pelas regras do *Absprachen*.

Embora a nova legislação tratasse o assunto de maneira inédita na Alemanha, os parlamentares seguiram a linha da jurisprudência das cortes superiores. Assim se mantiveram o judiciário na feitura do acordo, que somente poderia fixar limites mínimos e máximos da punição, vedando negociações quanto aos fatos (*charge bargaining*). A veracidade da confissão deve ser analisada, de forma que se recair alguma suspeita sobre esta, o negócio penal deve ser negado.

A Lei regulou ainda hipóteses de não cumprimento do acordo criminal pelo juiz, nos quais se pode ir além dos limites fixados quando a gravidade do delito, a culpabilidade ou o comportamento do acusado não atender ao que foi previsto.

Cumprir destacar que, mesmo com a regulamentação legal, persiste a resistência do Poder Judiciário alemão em cumprir requisitos para a realização das barganhas criminais, visto que, em pesquisa realizada em 2011, constatou-se que 59% dos juízes não atendiam as exigências legais na realização do negócio penal.

Em 2013, o Tribunal Federal Constitucional alemão se manifestou a respeito dos acordos feitos sem observância dos requisitos legais e sobre a constitucionalidade da lei que regulamentou as barganhas criminais. Os acordos contrários a legislação em vigor, foram rechaçados pelo Tribunal.

No tocante a constitucionalidade da lei dos acordos criminais, a Corte se manifestou pela constitucionalidade desta, entendendo que os requisitos atendem as garantias do réu. O julgamento destacou ainda algumas exigências como a verificação da confissão por outras provas, que o acusado seja advertido de seus direitos e consequências do acordo, além da publicidade do acordo e sua documentação no processo.

ITÁLIA

Citando mais um exemplo europeu que adotou métodos consensuais de resolução de conflitos em seu processo penal foi a Itália. O consenso penal passou a integrar o ordenamento o ordenamento jurídico italiano com o advento da Lei nº 689, de 1981 (*Legge di depenalizzazione*), sendo, entretanto, consolidado com a entrada em vigor da *Legge Vassalli*, o Código de Processo Penal italiano de 1988, que substituiu o Código Rocco de 1930, norma de caráter fascista e autoritário.

Cumprir destacar ainda que a Lei Constitucional nº 2, de 23 de novembro de 1999, promoveu alterações no art. 111 da Constituição italiana, prevendo em seu texto que o “consenso do imputado” pode ser utilizado para renunciar ao contraditório na colheita de provas.

Os instrumentos de justiça penal consensual disponibilizados pela nova legislação foram: o procedimento por decreto penal, o juízo abreviado (*giudizio abbreviato*) e o *patteggiamento* (*applicazione della pena su richiesta delle parti*).

O procedimento por decreto penal, também chamado de monitório, aplicado aos crimes com penas menor gravidade, (sendo aqueles a que se impõe exclusivamente sanções pecuniárias) que consiste na hipótese do juiz condenar o réu sem que este tenha sido citado, aplicando, em regra, uma redução que pode chegar a metade da pena. A eficácia dessa sentença fica condicionada a aceitação do acusado que, após a citação, pode consentir com a sanção ou a ela se opor, caso em que a decisão anterior não produzirá efeitos e o processo seguirá normalmente.

O júízo abreviado por sua vez, ocorre por manifestação do imputado, que solicita ao juiz a utilização deste rito, que será aplicado caso haja anuência do Ministério Público. Havendo concordância do órgão acusador, poderá o juiz decidir exclusivamente com o que já foi apurado, isto é, aquilo que foi apurado unicamente na fase de investigação.

Nesta hipótese, o encerramento do caso acontece na audiência preliminar (onde se decide se o caso é arquivado ou vai a julgamento), dispensando-se a produção de outras provas. Esta transação era aplicável de qualquer tipo de crime e previa como benesse ao acusado que a aceitasse a redução de 1/3 da pena.

Esta espécie de consenso no processo penal foi alvo de diversas controvérsias, sendo questionada diversas vezes perante o Poder Judiciário. Uma das primeiras questões foi relativa à forma de controle da decisão do Ministério Público. A Corte Constitucional italiana em suas sentenças nº 66, de 8 de fevereiro de 1990, nº 183, de 12 de abril de 1990 e nº 81, de 15 de 1991, estabeleceu que a decisão da acusação contrária ao júízo abreviado deveria ser motivada.

Outra decisão paradigmática relativa ao júízo abreviado proferida pela corte superior da Itália foi aquela constante da sentença nº 23, de 31 de janeiro de 1992. Nesta ocasião, ficou estabelecido que a manifestação judicial que indeferia o acordo entre a acusação e a defesa estava sujeita a revisão.

Outros vários pronunciamentos judiciais foram mudando a estrutura do júízo abreviado, que paulatinamente se afastava de um acordo entre as partes para se tornar um direito do acusado, o que foi consolidado com as Leis nº 479, de 16 de dezembro de 1999, nº 144, de 5 de junho de 2000 e nº 4 ,de 19 de janeiro de 2001, que dispensou a anuência do Ministério Público para a aplicação deste rito, sendo obrigatório, inclusive para o juiz, caso o imputado se manifeste pela utilização do mesmo.

Quanto ao *patteggiamento* ou aplicação da pena por requisição das partes (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), pode-se afirmar que se trata de uma forma de sanção penal consensual, fruto do acordo entre a acusação e o acusado, que é aplicada pelo juiz. Destaca-se que esta foi a primeira forma de justiça penal negociada da Itália, inserida pela Lei nº 689, de 1981.

O art. 77 da referida lei facultava ao acusado que solicitasse, até o início do julgamento, a imposição de uma pena diversa da prisão, seja ela multa ou a chamada liberdade controlada (*libertà controllata*), caso o crime fosse punível com penas de prisão de até dois anos. Se a acusação e o juiz concordassem, esta medida extingua a punibilidade. Caso o réu não cumprisse a pena acordada, cometia uma

infração punida com seis meses a três anos de reclusão. Este benefício só era permitido uma única vez ao imputado.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1988, a Lei nº 689, de 1981 foi revogada, passando para a nova lei a incumbência de regular o *patteggiamento*. Em um primeiro momento, este tipo de acordo ficou reservado a contravenções e crimes punidos até 2 anos de prisão (após o computo de um terço em que consistia o benefício). Posteriormente, em 2003, a Lei nº 134 alterou as exigências para a barganha penal.

A nova lei ampliou o alcance da negociação criminal, permitindo sua aplicação para os crimes apenados com até cinco anos de prisão (após a redução de um terço do benefício do respectivo acordo), o que passou a se chamar de *patteggiamento allargato*. Vale destacar que nos delitos superiores a 2 anos de prisão, a negociação penal só é permitida para réus primários.

Nesta espécie de acordo, que é permitida para crimes com penas maiores, os requisitos são mais estritos, como por exemplo, a vedação desta negociação nos casos de crimes graves (associação criminosa, o crime organizado, o terrorismo, o sequestro, certos crimes de violência sexual ou ligados à prostituição e à pornografia infantil entre outros).

Destaca-se, por último, a manifestação da Corte Constitucional da Itália a respeito da constitucionalidade do *patteggiamento*. A suprema corte italiana reconheceu pela compatibilidade do acordo penal com a constituição daquele país na decisão 313 de 1990, uma vez que o negócio criminal era legalmente regulado, submetido ao controle judicial de forma motivada, respeitando a presunção de inocência e o direito de defesa.

CRÍTICAS E ELOGIOS AO CONSENSO PENAL

A utilização da justiça penal consensual, apesar de se tratar de prática bastante difundida internacionalmente, como alternativa ao moroso processo penal tradicional, acaba por esbarar em algumas críticas da doutrina. Alegações de violações de direitos e garantias fundamentais são frequentes pelos opositores deste modelo de justiça criminal. A seguir, passamos a explorar estas críticas.

Uma das mais usuais críticas à barganha penal, é que ela se constituiria como uma violação do direito ao contraditório. Desta forma, o acusado deixa de produzir provas a seu favor e não raramente termina com a renúncia ao direito de recurso, o que tiraria qualquer hipótese do réu de apresentar sua versão dos fatos e influenciar no resultado do processo.

A dinâmica do acordo penal, através da negociação direta entre a acusação e a defesa, constitui, para alguns, uma clara violação ao princípio do juiz natural. Para estes, o acordo é uma forma de afastar da autoridade judicial previamente constituída a análise dos fatos.

Outra característica do negócio penal que é colocada em discussão pelos opositores deste instituto, é que tal hipótese seria uma violação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. A partir da descrição de determinado fato como crime, há interesse público na punição. (já existem exceções, não é absoluto, há outros interesses).

Acredita-se também, que a possibilidade de realização do acordo entre as partes do processo criminal poderia funcionar como uma espécie de coerção. O réu passaria a ser direcionado para a realização do acordo, por medo da rejeição causar pena desproporcional. Assim, o argumento da voluntariedade não existiria, pois a aceitação se daria por meio de uma ameaça.

Desta forma, a barganha criminal teria um enorme potencial lesivo, visto que neste modelo, mesmo que o acusado se trate de um inocente, poderíamos nos deparar com declarações de culpa para se ver livre de possíveis penas mais gravosas. Enfim, o acordo penal acaba sendo um facilitador de condenações injustas.

Outro ponto que desperta aversão de determinados doutrinadores é quanto a busca da verdade real. Deve-se ter em consideração que a realização de acordos penais acaba por reduzir de maneira sensível a atividade probatória, o que terminaria por prejudicar a reconstituição dos fatos, que se não é aquela ideal, acaba por ser a mais próxima da realidade para o julgador.

Assim, ao se conformar com os elementos de informação não submetidos ao contraditório como suficientes para subsidiar a punição, a justiça abandonaria seu papel primordial de buscar a verdade processual, que é aquela mais adequada possível para basear a sanção, por uma verdade consensual, que a despeito de se aproximar da verdade real, é aquela que as partes pensam ser a mais conveniente.

As críticas a justiça penal consensual também recaem sobre as próprias razões de ser do pacto penal. Um dos mais mencionados benefícios da barganha criminal é a capacidade que esta tem para acelerar o andamento do feito penal.

Entretanto, os críticos entendem que a utilização do consenso no âmbito penal acaba por transferir a responsabilidade pela morosidade do sistema para o réu, que vê suas garantias serem relativizadas em nome da celeridade, quando na verdade, na visão dos opositores, a lentidão do processo é

responsabilidade do Estado, que deveria investir em estrutura e pessoal para aprimorar o Poder Judiciário.

Outro ponto que gera críticas para o acordo penal é a amplitude dos poderes do Ministério Público. Na doutrina, há quem considere que o papel da acusação acaba por concentrar mais poderes do que lhe cabem, já que cabe a esta acusar e julgar, já que caberia a este impor a sanção, gerando uma consequente desestabilização da paridade de armas.

Com efeito, essa concentração de poderes na mão do titular da ação penal funciona como forma de violação e comprometimento do sistema acusatório, pois na medida que a acusação ganha poderes, estes seriam reduzidos dos poderes do juiz. Assim, o papel de apreciar as provas e definir a pena ficaria a cargo das partes.

O outro lado deste cenário também parece preocupar. Admitindo-se a intervenção do julgador nos termos pactuados pelas partes, como ela se daria? Na discussão dos termos do acordo ou posteriormente alterando cláusulas dele? Seja como for, é difícil imaginar uma atuação do juiz neste instituto sem que a imparcialidade deste seja colocada sob suspeita.

Ainda fortalecendo as críticas, os opositores da barganha criminal apontam como um possível indicador da falibilidade do acordo criminal o fato de que, em sociedades onde a justiça penal consensual é aplicada, não se verifica uma queda nos índices de criminalidade. Assim, um instituto que é inserido no ordenamento jurídico a bem de uma pretensa efetividade, acaba por não entregar aquilo que é prometido, mantendo o alto número de processos em curso.

Uma inconveniência deste tipo de solução processual é uma que já se encontra em nosso ordenamento jurídico. Assim como no sistema dos juizados especiais criminais, a barganha criminal ao proporcionar uma solução sem julgamento convencional acaba por adiar a discussão a respeito da descriminalização de menor gravidade.

Destaca-se também uma consequência adversa de ordem prática, que mais uma vez já é conhecida do cenário jurídico brasileiro. De maneira semelhante ao que acontece com a colaboração premiada, este instrumento acaba ficando reservada a uma categoria bastante restrita de acusados: aqueles que tem mais poder aquisitivo. Assim, um grande volume de processos criminais existentes no país terminaria por não ser atingidos por este tipo de solução, já que neles figuram réus de baixa renda.

Aponta-se ainda o próprio ajuste de vontades como uma característica negativa. Há vozes na doutrina que entendem que é indevida a intervenção de interesses privados no âmbito do processo penal.

Assim, a chamada “contratualização do processo penal” passa a tomar lugar das normas que regulam situações de interesse eminentemente público, que são, por excelência, indisponíveis.

Numa visão mais ampla, a justiça penal consensual seria uma violação do direito do agente ao processo. Assim, o direito penal que não dispõe de autoaplicabilidade e que só poderia ser utilizado após o exercício da ação penal, passa a ser aplicado de outra forma, o que fere o direito ao devido processo legal. Em outras palavras, a implementação da justiça penal consensual importa em aceitar a aplicação de uma pena sem os direitos do acusado.

Outra discussão de extrema importância e que ultrapassa o próprio âmbito do direito e do processo penal e ingressa na disciplina do direito constitucional: A disposição de direitos e garantias fundamentais. Parte da doutrina defende que os direitos e garantias fundamentais, por se constituírem em verdadeira limitação do poder estatal, seriam dotados de irrenunciabilidade, só sendo possível sua limitação por expressa disposição constitucional, o que inviabilizaria a discussão sobre a justiça penal consensual sem um projeto de emenda à Constituição Federal.

Fechando as críticas, resta uma específica a um instituto já implementado no Direito brasileiro: A colaboração premiada. Uma vez realizado o acordo, passa a caber ao imputado o dever de provar a veracidade de suas alegações, fazendo com que a prova da autoria e materialidade recaia sobre o réu. Desta forma, o ônus da prova é transferido ao acusado.

Embora sejam muitas as críticas, o modelo consensual penal não deixa de ostentar suas qualidades, qualidades estas que não podem ser ignoradas por nosso ordenamento jurídico, uma vez que a realidade do nosso processo penal ainda é cheia de problemas que levaram outros países do mundo a adotar o acordo no processo penal como sua solução.

O primeiro benefício da justiça penal consensual é a celeridade, que é muito bem-vinda no processo penal pátrio. Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2018, a fase de conhecimento de um processo criminal na justiça estadual tinha uma duração estimada em três anos e dez meses. Assim, desconsiderando eventuais recursos, ainda que aos tribunais estaduais, a sentença penal condenatória em primeiro grau leva quase quatro anos, em média, para ser proferida⁶.

A utilização de soluções consensuais no processo penal tem a capacidade de resolver a morosa tramitação das ações criminais. O procedimento do acordo penal é mais breve, bastando as negociações entre a acusação e o acusado, sem as inúmeras etapas dos procedimentos legais, e que podem ser feitas segundo a conveniência deles, sem os prazos cogentes. Sendo assim, o consenso

penal é meio de concretização da duração razoável do processo, princípio constitucionalmente previsto.

Como consequência da conclusão mais rápida da ação penal, a tendência é que sejam reduzidos os números de processos em andamento, o que permitiria a desobstrução da justiça penal, que contava em 2018, com cerca de 9,1 milhões tramitando. Essa possibilidade é reforçada se levarmos em consideração a experiência internacional, já que em países como os Estados Unidos, o acordo é a forma de solução de noventa por cento dos processos criminais.

Essa já mencionada flexibilização procedimental do processo penal vem a bem não só da celeridade processual, mas também da economia processual. É de se salientar que na negociação criminal, os atos processuais têm capacidade para decidir mais questões se comparado com o processo penal convencional. Assim, é possível que com somente um ato decisório o Poder Judiciário chegue ao deslinde do processo, pois os demais poderiam ser extrajudiciais.

Como consequência deste cenário, os órgãos de persecução penal passam a desprender menos tempo no trabalho de apuração de delitos em geral. Isto faz com que os encarregados da investigação e processamento possam dispor de tempo adequado para que os casos mais complexos possam ser examinados e decididos da maneira devida.

Vale destacar que, embora quase sempre se tenha em mente que o caminhar vagaroso do processo penal seja benéfico ao réu, isto não é uma verdade absoluta. Basta que nos lembremos dos inúmeros presos preventivos que se encontram em nosso sistema carcerário, que muitas das vezes aguardam todo o desenrolar do processo sendo privados da liberdade.

Para estes, a duração prolongada do processo é prejudicial, sendo muito mais benéfico o enceramento da ação penal o quanto antes. Neste caso, o acordo seria bem-vindo, inclusive podendo utilizar o tempo de prisão provisória a seu favor na negociação.

Neste ponto seria interessante mudar a perspectiva que normalmente se tem da negociação no processo penal, que geralmente é apontada como instrumento da acusação em detrimento do réu, para mais um dos meios que a defesa dispõe para o acusado.

Não é difícil de se pensar em casos em que os únicos elementos de informação da acusação em um processo sejam aqueles exclusivamente obtidos durante a investigação preliminar de qualquer natureza. Neste cenário, cabe ao advogado ou defensor do réu confrontar as provas de que dispõe e

aquelas em posse do titular da ação penal e, através de uma análise, decidir pela melhor estratégia de defesa: o processo regular ou tentar uma negociação.

De fato, parece muito mais conveniente para os interesses do réu buscar a realização de um acordo do que ter de enfrentar um processo convencional, como é hoje, nos quais as provas lhe são completamente desfavoráveis e se tem pouca probabilidade de um resultado diferente de uma condenação. Assim, a defesa bem preparada pode obter uma sanção mais benéfica ao seu cliente em um acordo penal. Sem a barganha criminal, a defesa do réu deixa de contar com mais esta opção, que viria a fortalecer a ampla defesa.

Do ponto de vista lógico, a justiça penal consensual também se fortalece. De um lado, o Estado renuncia a parcela do poder de punir o acusado em troca da celeridade e economia processual. Do outro, o réu não exerce plenamente todos os direitos e garantias que lhe são disponíveis e tem em retribuição benefícios do qual não disporia em um processo penal comum. Tais concessões recíprocas, ainda que preliminarmente, parecem atender aos postulados de proporcionalidade e razoabilidade.

O acordo penal ainda pode contribuir para melhorar a percepção de justiça perante a sociedade. De fato, muitos processos criminais são de amplo interesse da sociedade, inclusive pelo impacto que provocam em seu meio. Com a demora do processo, a credibilidade e confiança na justiça podem cair em descrédito, provocando verdadeira indiferença e desprezo do cidadão pelo cumprimento da lei penal.

A barganha criminal é, neste ponto, verdadeira ferramenta de efetivação da função preventiva da pena. Quanto mais próxima do fato delituoso for a resposta do Estado a este, estará demonstrado tanto ao cidadão quanto ao autor do fato apurado que o cumprimento da lei penal é certo. Portanto, o consenso criminal não torna só a resposta estatal ao delito mais rápida, como também a faz mais útil.

O acordo penal tem a capacidade de atribuir uma boa percepção social não somente para os órgãos encarregados da persecução penal, mas também do próprio acusado. Através do consenso criminal, a imagem do acusado “inimigo da sociedade” que protela a responsabilização por seus atos é substituída por um indivíduo com senso de autorresponsabilidade, tanto no cumprimento dos termos acordados quanto na cooperação com a justiça. O foco sai dos defeitos, e passa para os bons atributos pessoais.

INSTITUTOS DE JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL NO BRASIL

Como já foi oportunamente abordado, os acordos penais são parte integrante de diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, se tornando verdadeiras práticas consolidadas e solução de inúmeros problemas do Poder Judiciário. Embora não disponha de práticas tão avançadas e abrangentes de consenso no direito penal quanto outros países, o Brasil vem há alguns anos possibilitando aberturas para acordos no âmbito criminal, o que em maior ou menor grau permite que estas soluções sejam experimentadas, debatidas e aperfeiçoadas.

Assim, é conveniente que se discorra a respeito dos modelos de justiça consensual já aplicados no Brasil, visando conhecer sua evolução e sua aplicação, além de compreender eventuais problemas encontrados na aplicação destes instrumentos.

Diversos autores apontam a criação da Lei 9.099/95 como o grande marco na inserção das soluções consensuais penais no direito brasileiro. O caminho aberto pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 98, I⁷, possibilitou a criação dos Juizados Especiais Criminais, tornando a busca por uma justiça penal simples e célere um objetivo a seguir.

Com a entrada em vigor da Lei 9.099/95 no dia 26 de novembro de 1995, os acordos criminais passaram a ser uma realidade em nosso país. Entretanto, embora a inserção das soluções consensuais pela nova lei representasse um avanço, sua aplicação ficou restrita a um grupo muito limitado de réus, visto que, originalmente, o âmbito de incidência destas inovações era reservado às infrações penais cuja pena máxima fosse 1 (um) ano e/ou multa.

Posteriormente, com o advento da Lei 11.313/2006, sua utilização foi estendida para as contravenções penais e aos crimes que a lei comine pena não superior a 2 (dois) anos, cumulado ou não com multa. Finalmente, o espaço de consenso entre as partes é garantido por três institutos: composição civil, transação penal e a suspensão condicional do processo.

COMPOSIÇÃO CIVIL

O primeiro objeto de estudo será a composição civil. Trata-se de uma hipótese prevista no art. 72 da Lei 9.099⁸, aplicável aos crimes de ação privada ou de ação pública condicionada à representação, na qual as partes em audiência preliminar, acompanhadas de seus advogados e realizada perante o membro do Ministério Público e conduzida por juiz ou conciliador tentam chegar a um acordo a respeito da reparação de danos decorrentes da infração penal.

Entre os efeitos do acordo de composição civil firmado pelas partes, está a renúncia, por parte da vítima, do direito de queixa ou representação, quando se tratar de crime de ação penal privada ou ação penal pública condicionada a representação. Destaca-se que, em relação aos crimes de ação penal pública incondicionada, a composição civil dos danos não importará em qualquer restrição ao exercício da ação penal, que poderá ser levada adiante pelo membro do Ministério Público que atua no caso.

Outro efeito importante é aquele relativo a um eventual descumprimento do acordo pelo acusado. Por determinação da própria lei 9.099/95, o acordo firmado entre as partes terá força de título executivo, a ser executado no juízo cível, entretanto, não será possível qualquer discussão a respeito de sanções de natureza penal.

TRANSAÇÃO PENAL

Outro instrumento de justiça penal consensual trazido pela Lei 9.099/95 é a transação penal. Este benefício é tratado no Art. 76^º, e consiste em um acordo realizado entre o acusado e o titular da ação penal, no qual aquele se compromete a se submeter de imediato a uma pena restritiva de direitos ou multa. Em contrapartida, o Ministério Público não prossegue com o processo penal. É importante esclarecer que a transação penal só terá lugar caso não seja caso de arquivamento.

Esta possibilidade é reservada apenas quando a infração objeto da ação for cominada pena até dois anos e multa, isolada ou cumulativamente aplicada. Ainda quanto a multa, vale destacar que, se for esta a única penalidade atribuída ao acusado, o juiz poderá reduzi-la até a metade. Outra ressalva importante a se fazer é a respeito das vedações à transação penal.

O parágrafo segundo do art. 76, elenca algumas hipóteses em que não se permite o acordo entre o titular da ação penal e o acusado, vejamos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

[...]

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

[...]

Chegando as partes a um acordo, o juiz homologará seus termos e o seu cumprimento pelo suposto autor do fato acarretará a extinção de punibilidade para este. Vale destacar que feita a transação, este acordo não importará em reconhecimento de culpa, além de não implicar em efeitos civis de qualquer natureza, diferente do que acontece com a composição civil.

Ainda no âmbito dos efeitos da transação penal, existem mais benefícios para o agente que escolha pela realização do acordo. Uma vez homologado os termos acordados, o cumprimento deste não gerará reincidência, tampouco antecedentes. Inclusive, por expressa disposição legal, o acordo não constará da folha de antecedentes, exceto para impedir a concessão do mesmo benefício pelo prazo de cinco anos. Por fim, a não aceitação do acordo ou o descumprimento do que foi acordado provocará a continuidade regular do processo, seguindo o rito sumaríssimo.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O último dos institutos de direito consensual penal é a suspensão condicional do processo, hipótese que é prevista no art. 89¹⁰ da Lei 9.099/95. Este benefício ostenta uma peculiaridade em relação aos demais abordados até aqui: Ele não é restrito a competência dos juizados especiais criminais, isto é, contravenções e crimes com pena até dois anos.

Assim, se tratando de delitos cuja a pena mínima cominada for igual ou superior a um ano, o Ministério Público poderá, no ato de oferecimento da denúncia, propor a suspensão do processo pelo período de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. O artigo ainda faz menção ao art. 77 do Código Penal, para exigir os requisitos da suspensão condicional da pena na suspensão condicional do processo, notadamente as circunstâncias judiciais favoráveis.

Este benefício ganha espaço na hipótese em que são frustradas as tentativas de composição civil e/ou transação penal quando a infração for de competência do juizado especial criminal, ou após o recebimento da peça inaugural, quando o processo tramitar junto a justiça comum. Em ambos os casos, o magistrado designará uma audiência para que o acusado possa se pronunciar a respeito da proposta apresentada. Em que pese tal previsão, a suspensão condicional do processo pode ser posteriormente ofertada, até o trânsito em julgado da ação penal.

Nesta audiência, caso o réu aceite a proposta do Ministério Público, o processo e a prescrição serão suspensos, ficando o acusado obrigado a observar as condições a que eventualmente tenha aderido pelo prazo de dois a quatro anos. Algumas condições são expressas na lei (reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades), facultando ao magistrado a especificação de outras condições, desde que adequadas ao caso concreto. Se o réu não aceita a suspensão, o processo segue normalmente.

Cumprido destacar que, quando preenchidos os requisitos legais para a sua concessão, o *parquet* deverá oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, não havendo margem de liberdade quanto sua aplicação ou não. Desta forma, caso o membro do Ministério Público seja omissivo quanto a proposta ou se recuse a apresentá-la, será aplicada a sistemática do art. 28 do Código de Processo Penal, ou seja, o juiz encaminhará o processo ao Procurador-Geral de Justiça para que decida a respeito da questão.

Além das condições a serem observadas, é necessário que durante o período de prova, o réu atente para as hipóteses de revogação da suspensão condicional do processo. Será revogada obrigatoriamente a suspensão caso o acusado venha a ser processado por outro crime ou, não efetuar, de maneira injustificada, a reparação do dano. É possível ainda a revogação facultativa quando o réu venha a ser processado por contravenção ou descumprir qualquer condição imposta.

Por fim, se o período de prova terminar sem revogação, será declarada extinta a punibilidade do autor. Se a suspensão condicional do processo for revogada, a ação penal seguirá.

COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é um tema muito debatido na atualidade, tendo em vista sua utilização em investigações de amplo interesse e cobertura midiática por envolverem investigados que são grandes empresários e políticos conhecidos, como, por exemplo, a operação “Lava Jato”.

Devido ao interesse geral e debate por pessoas que não são necessariamente especialistas na área, outros termos são utilizados, como “delação premiada”, além de outros que circulam entre a doutrina especializada (cooperação premiada, confissão delatatória, pacto premial, chamamento do corréu etc.). Por isso, a conceituação de colaboração premiada merece devida atenção.

Víctor Gabriel Rodríguez traz uma interessante reflexão a respeito das nomenclaturas utilizadas para se referir a colaboração premiada. Segundo ele, a expressão “delação premiada” não seria o termo mais correto a se empregar em questões dogmáticas, visto a opção legislativa feita nos termos da Lei 12.850/13 (pg. 20, 2018).

A luz da atual legislação vigente no país, é possível afirmar com alguma razão que a colaboração premiada é uma forma especial de obtenção de prova, na qual o acusado pela infração penal aceita prestar informações de seu conhecimento e que sejam de interesse da persecução criminal, com o fim de obter algum dos benefícios previstos em lei para esta situação.

Conclusão parecida é aquela tomada por Cleber Masson e Vinícius Marçal quando do estudo dessa temática, vejamos:

A colaboração premiada consiste no meio especial de obtenção de prova – técnica especial de investigação – por meio do qual o coautor ou partícipe, visando alcançar algum prêmio legal (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os órgãos de persecução penal confessando seus atos e fornecendo informações objetivamente eficazes quanto à identidade dos demais sujeitos do crime, à materialidade das infrações penais por eles cometidas, a estrutura da organização criminosa, a recuperação de ativos, a prevenção de delitos ou a localização de pessoas (pg. 164, 2018)

Concorda com esta visão o professor Renato Brasileiro, escrevendo sobre aspectos da legislação especial:

(...) técnica especial de investigação por meio da qual o coautor ou partícipe da infração penal, além de além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal (p. 520, 2016).

Vladimir Aras traz algumas importantes lições a respeito da colaboração premiada. Este autor esclarece a respeito dos termos “colaboração” e “delação” premiada, que não devem ser tratados como sinônimo, e sim como gênero e espécie, como se pode ver do fragmento a seguir:

Espécie de técnica especial de investigação, a colaboração premiada tem quatro subespécies: a) “delação premiada”; b) “colaboração para libertação”; c) “colaboração para localização e recuperação de ativos”; e d) “colaboração preventiva”. Na modalidade “delação premiada”, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de *agente revelador*.

Assim, podemos perceber que é um engano tratar a delação premiada como um sinônimo de colaboração premiada, uma vez que o conceito de colaboração é muito mais amplo e abrange o de

delação. Tal equiparação só faria sentido se a colaboração estivesse limitada a indicação de coautores e partícipes.

Este conceito também é prestigiado pelo professor Guilherme Souza Nucci, conforme expomos a seguir:

Delatar significa acusar, denunciar, revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em delação, quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado (2008, p. 432).

Existe ainda a chamada do *corréu*, conhecida como “delação não-premiada”, que consiste na indicação de coautores e partícipes da infração penal sem acordo com a acusação, e por consequência sem fixação de benesse anterior. Marcos Paulo Dutra Santos fala a respeito deste instituto:

Ora, o acusado sempre pôde delatar os *corréus*, fenômeno denominado, no Brasil, de “chamada de *corréu*”, tradução literal do seu correspondente na Itália - *chiamata di correo* -, consubstanciando manifestação de autodefesa. Enquanto espécie de confissão, adjetivada de complexa, por transcender a simples admissão da sua responsabilidade penal, fornecendo ao juízo um plus, jamais foi um indiferente penal, justificando a atenuação da reprimenda, nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal (2017, p. 83).

Realizados os esclarecimentos conceituais, passamos a analisar a natureza jurídica da colaboração premiada, questão bastante controvertida na doutrina. A verdade é que as disposições da lei¹¹ e da jurisprudência¹² parecem muito contraditórias, não auxiliando tal discussão, fazendo com que não se tenha certeza se a colaboração tem natureza de meio de obtenção de prova ou de negócio jurídico processual.

Primeiramente, existem aqueles que são partidários de reconhecer o acordo como um meio de obtenção de prova. Tais estudiosos podem se apoiar na redação literal do art. 3, I, da Lei 12.850/13, que elenca a colaboração entre os meios de obtenção de prova. Adepta deste posicionamento, Andressa Tomazini expõe suas reflexões relativas a natureza jurídica deste instituto:

Entretanto, quando se atenta ao acordo de Colaboração Premiada, para além do Instituto, ou, em outras palavras, de seu fruto principal, faz-se necessário apontar a Natureza Jurídica Probatória, visto que distinta da natureza jurídica em si, pois para o presente artigo é entendida como o modo pelo qual pode-se encarar, e, por conseguinte, valorar o conteúdo do acordo de colaboração premiada, gerando implicações e limitações quando constatado ou preferido tratar-se como prova ou meio de prova (2018).

Outra corrente que diz respeito a natureza jurídica do instituto em apreço é aquela que o considera um negócio jurídico processual. Para Cleber Masson, Vinícius Marçal e Marcos Paulo Dutra Santos,

esta é a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Utilizamos as palavras deste último para expressar este entendimento:

Debruçando-se sobre a colaboração em si, fixou o STF a sua natureza de negócio jurídico processual, pactuado entre o acusado e o Estado, por escrito, cuja validade estaria condicionada à homologação pela autoridade judiciária competente. Parte expressiva da doutrina, potencializando a veia negocial da cooperação, atrela a premiação ao acordo, sob pena de o auxílio prestado pelo imputado traduzir reles confissão, atenuante genérica, versada no art. 65, III, d do CP, solução que, de antemão, figura-se desproporcional, ante o postulado da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB/88), afinal, as declarações fornecidas extrapolariam a simples admissão da veracidade da imputação.

É interessante que o próprio Marcos Paulo Dutra Santos ventila a crítica de parte da doutrina a respeito deste entendimento, visto que a colaboração não reuniria os requisitos necessários para ser um negócio jurídico processual, vejamos:

Não por outra razão Humberto Dalla Bernardina de Pinho e José Roberto Sotero de Mello Porto classificam tais acordos como ultra partes, não consubstanciando negócio jurídico processual propriamente, porquanto os contratantes não fixam os efeitos, ante a desvinculação do juiz às benesses enumeradas. A única hipótese genuína de negócio jurídico processual corresponde ao §4º do art. 4º, consistente no não oferecimento da denúncia como contrapartida à cooperação, hipótese na qual os pactuantes têm ingerência sobre a avença como um todo, incluindo os desdobramentos.

Mais uma das posições é a que considera a colaboração como portadora de dupla natureza jurídica. Desta forma, a natureza deste acordo é tanto de meio de obtenção prova, quanto de negócio jurídico processual. Este entendimento parece ser apto para harmonizar com texto da Lei 12.850/13 (que em seu art. 3-A trata a colaboração como tendo estas duas naturezas) e a jurisprudência (pois o STF no HC 127.483/ PR também menciona a colaboração como meio de obtenção de prova e negócio jurídico). Aderem a esta posição Cleber Masson e Vinícius Marçal, conforme vemos a seguir:

Na previsão normativa da Lei 12.850/2013 (art. 3.º), a colaboração premiada tem a natureza jurídica de meio [especial] de obtenção da prova, materializado em um “acordo” reduzido a “termo” para devida homologação judicial (LCO, art. 4.º, §§ 6.º e 7.º). A colaboração premiada é, pois, um “negócio jurídico processual” (Afrânio Silva Jardim) voltado para a obtenção de prova, e não um meio de prova propriamente dito (2018, pg. 168).

Marcos Paulo Dutra Santos também encara a colaboração premiada como possuidora de dupla natureza jurídica, porém, com um enfoque diferente. Para ele, a natureza deste instituto é dividida em material e processual, conforme o fragmento a seguir:

Os enfoques processual e material da colaboração premiada não são excludentes, e sim complementares, o que reforça a natureza híbrida do instituto. Eduardo Araújo da Silva igualmente advoga-lhe o caráter misto, salientando que o acordo, em si, rege-se por normas processuais, mas a repercussão é inteiramente material. Excepciona, todavia, a colaboração, enquanto causa para o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (art. 4º, §4º, da Lei nº 12.850/13), hipótese em que teria natureza apenas adjetivam. Discordamos da ressalva, pois, à medida em que a cooperação deságua no não oferecimento da denúncia, preservam-se o estado de inocência e a liberdade do delator, produzindo efeitos também materiais. A natureza da delação premiada, em verdade, é processual material – forma e conteúdo processuais, mas com efeitos materiais.

Entretanto, ousamos discordar do autor supramencionado. Isto porque este confunde o conceito do instituto com os seus efeitos, e estenderia o caráter material a situações de reflexo meramente processual, como por exemplo o não oferecimento de denúncia.

Como última das correntes destinadas a explicar a natureza da colaboração premiada, temos aquela que encara este instrumento não só como uma técnica de investigação, mas também como um meio de defesa, na medida em que o acordo pode ser a melhor estratégia do acusado. Aqueles advogam por esta posição, entendem que este instituto pode ser muito proveitoso ao réu, que poderia, em tese, ser agraciado com o perdão judicial, por exemplo, mesmo com amplo conjunto probatório desfavorável. A respeito deste entendimento, trazemos as reflexões de Vladimir Aras:

Classificada como meio especial de obtenção de provas, ou técnica especial de investigação, a colaboração premiada é indispensável para o enfrentamento da criminalidade grave, especialmente a de cunho mafioso. Todavia, este instituto é sobretudo uma ferramenta defensiva, um “recurso” inerente à ampla defesa, no sentido empregado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Não é raro que advogados de suspeitos ou réus tomem a iniciativa de propor ao Ministério Público acordos de colaboração premiada, para reduzir a pena de seus constituintes, diante da perspectiva de sofrerem sanções severas ao final do processo penal (2015).

Encerradas as discussões a respeito da natureza jurídica, passamos a estudar as modalidades ou subespécies da colaboração premiada. Os incisos do art. 4º da Lei 12.850/13¹³ permitem a classificação deste instituto segundo o objetivo da colaboração, que pode ser dividido em: delação premiada (art. 4º, I); colaboração para libertação (art. 4º, V); colaboração para localização e recuperação de ativos (art. 4º, IV); colaboração preventiva (art. 4º, III) e colaboração reveladora da burocracia da organização (art. 4º, II).

As quatro primeiras modalidades supramencionadas, que são tratadas por seu autor como subespécies, são obra do professor Vladimir Aras, vejamos:

Espécie de técnica especial de investigação, a colaboração premiada tem quatro subespécies: a) “delação premiada”; b) “colaboração para libertação”; c) “colaboração para localização e recuperação de ativos”; e d) “colaboração preventiva”. Na modalidade “delação premiada”, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de *agente revelador*. Na hipótese de “colaboração para libertação”, o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém. Já na “colaboração para localização e recuperação de ativos”, o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem. Por fim, há a “colaboração preventiva”, na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita. Em todas essas subespécies, o colaborador deve oferecer informações minuciosas e precisas, inclusive sobre o *modus operandi* dos coimputados e o *iter criminis* (2015).

Como se pode perceber na parte final da citação, o autor em análise considera que a revelação do funcionamento da prática criminosa é dever de todo colaborador, entretanto, caso este dever não seja tratado no acordo, não seria possível exigir do mesmo tal comportamento, visto que não há previsão legal para isto, configurando um objeto autônomo da colaboração.

Por ser um fim específico, contando inclusive com previsão legal própria (art. 4, II, da Lei 12.850/13), é necessário que esta disposição seja objeto do acordo, o que permite uma classificação complementar a do professor Vladimir Aras: Colaboração reveladora da burocracia da organização. Esta classificação é mencionada pelos professores Cleber Masson e Vinícius Marçal no fragmento a seguir:

Em verdade, tendo por base os resultados elencados pelo legislador no art. 4.º, caput, pode-se dizer que a Lei do Crime Organizado subdividiu o gênero colaboração premiada em cinco espécies, e não em quatro. Para além das espécies supramencionadas, o legislador criou, também, a denominada colaboração reveladora da burocracia da organização (LCO, art. 4.º, II), cujo foco é descortinar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa (2018).

Independentemente da finalidade buscada pelos acordos, é necessário se esclarecer quem podem ser os sujeitos da colaboração premiada. O art. 4, § 6º, da Lei 12.850/13 menciona que o negócio será celebrado entre o Ministério Público ou delegado de polícia e o acusado, devidamente assistido por seu defensor. Destaca-se que quando o acordo for celebrado pelo delegado de polícia, haverá manifestação do *parquet*. O juiz não intervirá durante a elaboração da colaboração, pois a ele caberá o controle de legalidade do mesmo em momento posterior. Aquele que propor o acordo ao colaborador não poderá prometer nenhum benefício, apenas recomendá-lo, pois a decisão final cabe ao magistrado.

Nos termos da lei, caso o colaborador consiga alcançar um dos objetivos dos incisos do art. 4 da Lei 12.850/13, fará jus à um dos benefícios definidos nesta mesma lei. As benesses do colaborador podem ser divididas de acordo com o momento em que é realizado o acordo penal. Se o negócio jurídico é firmado antes da sentença condenatória, terá a seu dispor todas as opções elencadas no *caput* do art. 4º da Lei 12.850/13: perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos.

Outro atrativo para que o acusado de uma infração penal aceite colaborar com a investigação é a possibilidade de não ter sequer o processo penal instaurado contra si. Trata-se da hipótese de não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público que, embora mencione exigir os mesmos termos do *caput*, requer requisitos específicos, como a colaboração se referir à infração que não se tem conhecimento e o colaborador não se tratar de líder de organização e ser o primeiro a prestar colaboração.

Vale ressaltar que, para o cumprimento do acordo, o art. 4º, § 3º da Lei 12.850/13 dispõe sobre a possibilidade de suspender por seis meses o prazo para o oferecimento da denúncia, prorrogável por igual prazo. Durante esta suspensão, estarão suspensos também os prazos prescrição dos crimes relacionados ao colaborador.

Sendo o acordo de colaboração premiada realizado posteriormente à sentença condenatória, os benefícios a serem conferidos ao colaborador serão aqueles fixados nos termos do art. 4º, § 5º da Lei 12.850/13¹⁴: Redução da pena até a metade ou a progressão de regime prisional mesmo que não tenha atendido os requisitos objetivos exigidos.

Existem ainda outros benefícios que são regidos pelo momento processual em que ele ocorre. O art. 4º, § 2º da Lei 12.850/13 traz a possibilidade de concessão de perdão judicial independentemente de estipulação prévia, podendo ser concedida inclusive a qualquer tempo, desde que requerida pelo Ministério Público ou no inquérito policial pelo delegado de polícia, que em todo o caso é deferida ou não pelo juiz se considerar a colaboração relevante.

Para que haja a concessão do prêmio legal, será necessário que aquilo que foi acordado seja submetido ao controle judicial. Este controle é estabelecido na literalidade do *caput* do art. 4º, da Lei 12.850/13. Nesta análise, caberá ao magistrado verificar as exigências legais do acordo de colaboração premiada, notadamente aqueles estampados no art. 4º, § 7¹⁵, da Lei 12.850/13.

Antes do controle judicial, o juiz deverá proceder a oitiva do acusado acompanhado por seu defensor, quando terá condições de avaliar os requisitos exigidos. O primeiro inciso do § 7º, traz uma cláusula geral, pela qual o acordo deve observar a regularidade e a legalidade. Assim, não havendo limitação, o negócio jurídico deve observar amplamente a legalidade, não podendo ser antijurídico em nenhum aspecto.

O inciso II veio para sanar uma dúvida da doutrina: Os benefícios estabelecidos pela colaboração premiada podem ser diversos daqueles fixados pela própria Lei 12.850/13? Esta situação é retratada por Cleber Masson e Vinícius Marçal, como se vê a seguir:

Outra indagação que também cria intensa divergência de entendimentos é a seguinte: podem as partes pactuar a concessão de benesse não prevista na Lei 12.850/2013, como, por exemplo, o estabelecimento de prisão domiciliar ou a redução da pena em patamar superior a dois terços em caso de condenação do delator? É possível, pois, a fixação negociada da pena? Para uma 1.ª corrente, não se afigura adequado que o magistrado homologue cláusula de acordo de colaboração premiada que traga em benefício do colaborador prêmio não previsto em lei ou mesmo que preestabeleça o quantum de redução de pena a incidir em caso de eventual condenação do colaborador, o que poderia macular o princípio constitucional da individualização das penas, a cargo do juiz. Ademais, o grau de eficácia da colaboração é que indicará ao magistrado esse patamar ou, até mesmo, afastará qualquer redução (em caso de ineficácia absoluta) (...). Nada obstante, uma 2.ª corrente, prevalente na praxis, defende ser possível que o acordo traga outras espécies de vantagens ao colaborador, além daquelas previstas no caput do artigo 4.º da Lei 12.850/13, desde que sejam respeitados a “Constituição, a lei, os princípios gerais de Direito e desde que não atentem contra a moral, os bons costumes e a ordem pública” (2018).

Assim, haveria uma divergência profunda: Não permitir a realização de acordos com benefícios alheios a lei, uma vez que se trataria de sanção sem pena, violando frontalmente o princípio da legalidade, ou permitir os as colaborações alheias a lei, já que não haveria impedimento expresso a esta possibilidade.

O advento da Lei 13.964, de 2019, que alterou a Lei 12.850/13, solucionou esta dúvida, ao estabelecer no Art. 4º, § 7, II, da Lei 12.850/13, que as colaborações premiadas só podem oferecer benefícios expressamente previstos naquela lei. Além disso, prevê como nulas as disposições em contrário previstas no acordo, além daquelas que não obedecessem às previsões do Código Penal a respeito dos regimes penitenciários e progressão, salvo aquelas previstas no § 5º deste mesmo artigo.

A terceira exigência deste parágrafo é algo que já estava previsto anteriormente na lei, no *caput* do art. 4º, da Lei 12.850/13: A obtenção de um dos resultados estampados nos incisos deste artigo.

Por último, exige-se que a colaboração tenha caráter voluntário. Tal previsão é extremamente necessária, uma vez que uma das principais críticas aos institutos de direito penal consensual é que os acordos são realizados de forma coativa. Humberto Barrionuevo Fabretti e Virgínia Gomes de Barros e Silva falam a respeito da importância da voluntariedade nesta prática:

A voluntariedade é condição basilar para a validade de acordo judicial, uma vez que, diante de sua aceitação, o acusado aceita abrir mão de instrumentos direitos fundamentais para sua defesa presentes apenas no processo ordinário. O aceite do acordo importa na confissão do acusado – ou, pelo menos, na ausência de contestação às acusações apresentadas – renunciando ao menos, na ausência de contestação às acusações apresentadas – renunciando ao seu direito ao contraditório, à elaboração de provas a seu favor, dentre outros (2018).

Tamanha é a preocupação com a coação que o legislador inseriu no próprio texto legal uma recomendação para que o magistrado tenha especial atenção na verificação da voluntariedade do colaborador que está ou esteve sujeito a medidas cautelares.

Isso se deve ao fato de que aquele que está com sua liberdade restrita, ainda mais se tratar de acusado submetido a prisão, está em especial situação de vulnerabilidade, e poderia ser muito mais facilmente induzido a colaborar, inclusive em termos menos vantajosos, a aceitar um acordo oferecido pela acusação, para se ver livre daquela situação em menos tempo, conforme já se denunciou no meio acadêmico e na prática jurídica¹⁶.

Outro dispositivo que parece ir no sentido que garantir uma colaboração efetivamente livre é a vedação a cláusulas dos acordos penais que vedem o direito de impugná-los, o que é uma das cláusulas habituais destas tratativas. Embora sirva para garantir maior legitimidade, este direito deve sofrer uma interpretação restritiva, pois seu uso indiscriminado pode fomentar posturas de má-fé por parte dos acusados, que podem utilizar o instituto como oportunidade de protelar ainda mais o processo (o que seria uma ironia, já que duas das finalidades do direito penal premial é a celeridade e economia processuais), através de diversos recursos discutindo os termos do acordado.

O § 10 do art. 4º, da Lei 12.850/13 faculta as partes o direito de retratar-se da proposta, hipótese em que as provas fornecidas não poderão ser utilizadas exclusivamente em desfavor do colaborador. Das mudanças realizadas pela Lei 13.964, de 2019, talvez seja esta a mais mal redigida.

De fato, o dispositivo deixa muitas indagações a seu respeito: Quando o texto fala em partes, abrange tanto o colaborador quanto os órgãos de persecução penal? Qual é o termo final para a retratação?

Em caso de retratação, sendo vedado o uso de provas trazidas pelo colaborador exclusivamente contra ele, será legítimo o uso destas provas caso estas também prejudiquem terceiros?

O colaborador quando concordar com as tratativas deverá renunciar claramente a seu direito ao silêncio, uma vez que sua oitiva poderá ser realizada tanto a pedido das partes quanto a requerimento do magistrado. É dever do colaborador não realizar omissões dolosas ou permanecer na prática criminosa que diga respeito ao objeto da colaboração.

Será de responsabilidade do acusado trazer elementos que comprovem suas alegações (regra da corroboração). Esta comprovação deve ser apresentada ao órgão da persecução penal encarregado da colaboração para que ele decida se realizará ou não o acordo de colaboração (situação chamada de *Catch 22*). Para isso, é necessário que fique estabelecido entre as partes que nenhuma destas provas apresentadas sejam utilizadas enquanto não formalizada a colaboração (conhecido nos EUA como *proffer session* ou *queen for a day*), devendo ser desconsideradas se o pacto não se realizar.

Por último, cumpre-se destacar que todo o andamento da colaboração premiada, desde sua proposta até o recebimento da peça inicial respectiva, será protegido pelo sigilo, como expressamente previsto nos artigos 3º-B, *caput*¹⁷ e 7º, § 3º¹⁸ da Lei 12.850/13. Tal previsão é importante, pois a exposição da intenção das partes pode expor estas a perigo e retirar-lhes o poder de negociação.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução é o instrumento de justiça penal consensual mais recente do ordenamento jurídico brasileiro. Seu surgimento se dá no bojo da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, vindo a ser tratada em lei, mais recentemente, no âmbito da Lei 13.964/ 2019, o chamado “pacote anticrime”.

Primeiramente, o acordo de não persecução penal estava previsto no art. 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com redação alterada pela Resolução 183/2018 do mesmo órgão. O *caput* descrevia que, não sendo caso de arquivamento, e a infração contasse com pena mínima inferior a quatro anos, não fosse cometida com violência ou grave ameaça e o acusado confessasse formal e circunstancialmente a prática delituosa, o membro do Ministério Público poderia oferecer o presente acordo.

Entretanto, além de preencher os requisitos do *caput*, era preciso que o autor da infração penal concordasse em seguir as condições dos incisos do art. 18 (reparar o dano à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério

Público; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas; pagar prestação pecuniária; ou outra fixada pelo parquet), que poderiam ser impostas de maneira alternativa ou cumulativa quando da negociação dos termos.

O presente artigo também traz diversas restrições em seu § 1º, como a não propositura do acordo nos casos em que for cabível a transação penal; o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão; quando que seja vedada transação penal (art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95); quando o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; o delito for hediondo, equiparado ou envolva violência doméstica ou familiar ou quando a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Existe uma vedação específica para crimes militares que afetem a hierarquia e disciplina.

Para a celebração do acordo de não persecução penal só será possível se o acusado contar com a presença de um defensor, além da vedação de sua feitura na audiência de custódia. Durante o cumprimento do avença, é dever da parte manter sua localização e contatos atualizados, além de informar ao Ministério Público o cumprimento dos termos acordados. O descumprimento injustificado de qualquer destes deveres, permitirá à acusação o oferecimento da denúncia, além de poder ser utilizado como justificativa para negar o oferecimento de suspensão condicional do processo.

A presente resolução prevê que o acordo de não persecução penal seja submetido ao controle judicial. Na linha de outros instrumentos de justiça penal consensual, caberá ao poder judiciário dar a última palavra quanto o cabimento do benefício e a adequação e suficiência das condições estipuladas. Se o magistrado concordar com os termos acertados entre acusação e defesa, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para sua execução.

Caso haja discordância do julgador quantos aos termos do acordo, estes deverão ser remetidos ao procurador-geral, em uma sistemática bastante parecida com a do antigo art. 28 do Código de Processo Penal. Entretanto, a resolução adota uma redação mais minuciosa quando descreve as opções do chefe do Ministério Público, uma vez que explicita não só as possibilidades de manter a decisão do *parquet* ou apresentar denúncia, pessoalmente ou por membro designado, mas prevê que os termos do ajuste poderão ser reformulados ou que as investigações poderão ser complementadas, pelo próprio procurador-geral ou por membro por ele designado.

Em qualquer destes casos, sendo o acordo homologado e efetivamente cumprido pelo acusado em todos os seus termos, o Ministério Público mandará arquivar os autos da investigação.

A presente Resolução foi recebida com muita polêmica entre os demais participantes do processo penal pátrio, o que teria como resultado a proposição de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) questionando a norma: a ADI 5790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e a ADI 5793, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

Em uma apertada síntese, a ADI 5790 traz como argumentos para a impugnação do ato normativo em apreço uma suposta violação a dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN) que garante aos magistrados o direito de somente serem investigados pela suposta prática de crimes pelo tribunal competente para seu processamento. Alega-se ainda que haveria uma violação a reserva legal, uma vez que tal instituto não encontra previsão em lei, além de uma usurpação a função do Poder Judiciário de impor as penas, o que acarretaria uma inconstitucionalidade material. Nesta ação, o seu autor requereu a inconstitucionalidade completa do objeto, com exceção do art. 24, que meramente revoga o ato normativo que anteriormente ocupava seu lugar.

Por sua vez, a ADI 5793 ataca a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público por entender que esta excedeu seu poder regulamentar, invadindo a competência privativa da União de legislar a respeito de matéria processual e penal, além de supostamente violar a reserva legal, a indisponibilidade da ação penal, a imparcialidade, impessoalidade, ampla defesa, contraditório e o devido processo legal. Aqui, o pedido é pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do mencionado art. 18 e de outros dispositivos pontuais (art. 1º, *caput*, art. 2º, V e o art. 7º, I, II e III).

Ambas as ações se encontravam pendentes de julgamento quando do advento da Lei 13.964/ 2019, conhecida como “pacote anticrime”, que entre outros efeitos, deu caráter legal ao acordo de não persecução penal (art. 28-A), o que faz com que caiam em descrédito alegações recorrentes como a de violação da reserva legal e invasão da competência privativa da União.

De qualquer forma, a nova lei termina por quase repetir na integralidade do texto da Resolução do CNMP, com exceção de algumas mudanças pontuais. Essas mudanças começam nas hipóteses de vedação do benefício, que passou a prever de forma expressa a proibição do acordo caso o investigado seja reincidente, criminoso habitual ou reiterado, salvo quando as infrações anteriores forem insignificantes (art. 28-A, §2º, II).

Veda-se também a concessão da benesse quando o investigado já houver sido agraciado com o acordo de não persecução penal, com a transação penal ou suspensão condicional do processo nos cinco anos anteriores (art. 28-A, §2º, III). Ainda quanto as vedações, a lei deixou de prever literalmente a proibição

aos crimes hediondos e equiparados, militares, crimes cujo dano causado fosse superior a vinte salários mínimos e aqueles que o prazo de cumprimento do acordado possa resultar em prescrição.

Outra das mudanças trazidas pelo diploma normativo foi quanto ao sistema de controle judicial do acordo. Assim, caso o magistrado entenda que os termos trazidos para sua homologação não atende aos requisitos exigidos ou que sejam inadequados, deverá os autos ao Ministério Público para que sejam reformulados, ou para que as investigações sejam complementadas, podendo ainda oferecer denúncia.

Uma alteração sensível que se verificou é o reconhecimento do acordo como um direito subjetivo do acusado, na medida que a legislação faculta ao investigado meios de exigir seu cumprimento. Assim, se o membro do *Parquet* deixar de oferecer o acordo de não persecução penal, o acusado poderá requerer a remessa dos autos para o órgão superior do Ministério Público.

Finalmente, concordando o juiz com o acordo de não persecução penal, este devolverá os autos ao Ministério Público para que execute os termos do negócio jurídico no juízo das execuções penais. Cumprida a avença, o juízo competente declarará extinta a punibilidade do autor dos fatos.

Este benefício tem alguns pontos a se destacar. O primeiro deles é a necessidade de confissão por parte do acusado, o que foi herdado da Resolução 181/17 do CNMP. Existem autores que considerem tal exigência algo inconstitucional, pois seria uma violação do princípio da presunção de inocência.

Outra especificidade, que assim como a anterior já era prevista antes da lei, é a possibilidade que o membro do Ministério Público dispõe de fixar no acordo outras condições não previstas na lei, desde que proporcional e compatível com a conduta praticada. Diante da ampla discricionariedade facultada ao *Parquet*, o controle judicial ganhará uma importância ainda maior, para a prevenção de possíveis abusos.

Parte das críticas à esta inovação vem do fato que o acordo de não persecução penal será executado junto a vara de execuções penais. Tal previsão vai na contramão dos objetivos de implantar institutos de direito penal premial, que são celeridade e a economia processual, já que os autos continuam no Poder Judiciário, exigindo deste o dispêndio de trabalho que poderia ser empregado em casos mais complexos.

O CONSENSO PENAL NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Como já mencionado anteriormente, os institutos de direito penal premial vem sendo aplicados no Brasil desde os anos 90. Ao longo de mais de duas décadas, as cortes do nosso país tiveram a oportunidade de construir um vasto acervo de jurisprudência a respeito do tema, especialmente no contexto das mega operações envolvendo políticos e empresários de grande porte que não raramente fazem uso de instrumentos de justiça penal consensual.

Sendo assim, passamos a estudar as principais decisões dos tribunais sobre direito penal premial. Com esta abordagem, buscamos entender os pontos fortes e fracos destes institutos, a percepção dos julgadores quanto a estes benefícios, estabilidade da jurisprudência nesta questão específica e principalmente o que esperar das nossas cortes no que diz respeito à ampliação dos espaços de consenso em matéria penal.

Os primeiros debates a respeito desta temática se dão, logicamente, em torno do primeiro diploma legal a tratar do assunto em nosso país: A Lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais e continha em seu bojo três institutos de consenso penal: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

Dentre os primeiros julgamentos relativos aos benefícios consensuais da Lei 9099/95 temos o Habeas Corpus n.º 79.572-GO, julgado em 29/02/2000 pelo Supremo Tribunal Federal, definiu que a pena restritiva de direitos estabelecida pela transação penal não pode ser convertida automaticamente em privativa de liberdade, devendo a acusação proceder o andamento da ação penal do momento onde foi interrompido. Esta linha de entendimento se manteve com o passar dos anos e foi consolidada na Súmula Vinculante trinta e cinco.

A Suprema Corte já se posicionou no sentido de que a oferta do benefício de transação penal na ação penal pública deve partir do Ministério Público (RE n.º 492087-SP, julgado em 19/09/2006), o que reforça o texto da lei ao prever a iniciativa da acusação.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também foram proferidas algumas decisões importantes a respeito da legitimidade para a propositura do benefício. A corte decidiu na Ação Penal n.º 634/RJ (2010/0084218-7) que a transação penal é cabível em ações penais privadas, e que a legitimidade para seu oferecimento é do ofendido, titular desta ação, e caso este silencie sobre esta hipótese, não haverá prejuízo para o prosseguimento do processo, já que este é orientado pelos princípios da disponibilidade e da oportunidade.

Ainda no que se refere ao oferecimento da proposta de transação penal, houve discussões sobre a hipótese de negativa por parte do Ministério Público de oportunizar tal benefício ao acusado. O STJ tem duas decisões que tratam desta situação. A primeira delas é o Habeas Corpus nº 83.828/SP, julgado em 4/10/2007. Na ocasião, entendeu-se que o titular da ação penal pública somente poderá recusar-se a oferecer benefícios da Lei 9099/95 de maneira justificada, baseada em motivos concretos e que indiquem o não preenchimento das condições necessárias. Assim, a transação acaba por funcionar como um direito subjetivo do acusado.

Habeas Corpus n.º 59776-SP (2006/0112551-8), julgado em 17/03/2009, onde ficou estabelecido que havendo divergência entre o *Parquet* e o magistrado a respeito da aplicação ou não transação penal, este último deve fazer remessa dos autos ao Procurador-Geral para que este decida a respeito (aplicação do antigo art. 28 do Código de Processo Penal).

Um julgamento importante tanto para a transação penal quanto para a suspensão condicional do processo é o Habeas Corpus nº 86.646-SP, julgado em 11 de abril de 2006 no Supremo Tribunal Federal, onde ficou definido que os requisitos de ambos os institutos estão submetidos ao art. 64, I do Código Penal, ou seja, só haverá restrição aos benefícios devido a condenações anteriores se estas ocorreram no prazo de cinco anos entre a extinção da sanção e a nova infração penal.

Referente à suspensão condicional do processo, os julgamentos mais importantes encontram-se sumulados tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, algumas das quais expomos a seguir.

Quanto a natureza jurídica da suspensão, a jurisprudência seguiu o entendimento utilizado para a transação penal, consolidando na súmula 696 do Supremo Tribunal Federal e no Habeas Corpus n.º 131.108-RJ (2009/0044973-5) do Superior Tribunal de Justiça definiu tal benefício como direito subjetivo do autor dos fatos.

Outra divergência solucionada através de súmulas do STF e do STJ é a forma de contagem da pena mínima que autoriza ou não a concessão da suspensão, isto é, se existe algum acréscimo que pode incidir na definição da reprimenda que determina o benefício. Esta dúvida foi respondida pelas súmulas 723 do STF e 243 do STJ, que orientou para que a pena mínima seja aferida considerando o menor acréscimo legal atribuído nos casos de concurso de crime. Assim, ao menos aparentemente, esta decisão poderia ser estendida a outras causas de aumento.

Por fim, a jurisprudência das cortes superiores se ocupou de esclarecer a sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo diante de uma decisão de desclassificação de crime. Coube ao STJ a palavra final em relação a esta temática, quando na súmula 337 foi estabelecido que caso ocorra desclassificação no decorrer do processo (e na procedência parcial da pretensão punitiva), será oportunizado o benefício em estudo.

Saindo da Lei 9099/95, avançamos para o estudo da colaboração premiada, tema muito abordado pelas cortes, o que permitiu que tivéssemos manifestações abrangentes, como a respeito de sua natureza jurídica¹⁹, que já era muito debatida entre a doutrina.

Iniciando as tratativas, já foi decidido que o oferecimento ou não da colaboração é ato que não pode ser imposto pelo Judiciário ao Ministério Público, ou seja, é voluntário, embora a negativa deva ser motivada e sujeita ao controle do órgão de revisão do *Parquet* e da autoridade judicial do caso²⁰.

Outra questão interessante já decidida pelos tribunais é a respeito do aproveitamento da colaboração por outros órgão e autoridades públicas, o que foi permitido, desde que respeitado o que foi estabelecido no acordo. Também é vedado o uso desta “prova emprestada” contra o colaborador, já que suas sanções são estabelecidas exclusivamente no acordo, ficando o juízo responsável pela homologação da colaboração competente para decidir sobre o compartilhamento desta²¹.

Outra divergência sanada pelos tribunais foi a respeito da realização ou não do acordo de colaboração premiada pela autoridade policial. Embora houvesse parecer do Procurador-Geral da República contra tal prática, prevaleceu o entendimento de que cabe ao Delegado de Polícia a propositura do acordo, reforçando o que já era previsto na lei²².

Ainda falando de legitimados para oferecer o acordo, ficou decidido que, em caso de autoridade com foro por prerrogativa de função, a atribuição para propor a colaboração premiada será do órgão do Ministério público que officie junto a ele²³. Nesta mesma ocasião, restou estabelecido que, como regra geral, o delatado não tem legitimidade para impugnar o acordo.

As cortes superiores concordam que o mero descumprimento do acordo de colaboração premiada não se presta a justificar o estabelecimento de prisão provisória. Assim como nos casos em geral, o encarceramento preventivo daquele que descumpre o negócio jurídico de colaboração deve ser fundamentado nos requisitos da prisão preventiva²⁴.

Quanto ao acesso do acusado e de seu defensor aos termos das declarações do colaborador, já se manifestou o STF no sentido de negar ciência ao investigado de partes do acordo que digam respeito a fatos que não são a ele imputados, dando destaque aqueles que ainda são objeto de investigação²⁵.

Uma das decisões mais marcantes em matéria de colaboração premiada foi o julgamento do HC 157627 AgR/PR²⁶ no âmbito do Supremo tribunal Federal (STF). Nesta ocasião, debatia-se a respeito de qual o momento adequado para a manifestação dos réus quando em caso de concurso de pessoas, um ou mais dos réus aceita a colaborar com a acusação e outros decidem não fazer o acordo.

O grande ponto controvertido neste julgamento foi: O réu que optou por não colaborar com a persecução penal teria o direito de apresentar alegações finais em momento posterior aquele acusado que está colaborando com a acusação? Ressalta-se que, não há previsão normativa regulamentando esta situação, o que transformou este julgamento em uma forma de suprir tal lacuna.

Por fim, a Suprema Corte brasileira decidiu que a manifestação do réu colaborador em momento anterior ao dos réus que não colaboram com a acusação gera prejuízo para a defesa, ressalvados os casos em que a decisão que é favorável. O tribunal entendeu que, em tal hipótese, está configurado o constrangimento ilegal, levando a inevitável anulação da sentença.

Prevaleceu a posição de que o contraditório e a ampla defesa são prevalentes neste caso, e que para observar o direito do acusado de se manifestar após a acusação, é preciso entender o colaborador como sujeito processual que se alia a acusação, e que pode fazer declarações contra os réus, que não teriam o momento adequado para confrontá-las, devendo estes serem ouvidos após os colaboradores.

Destaca-se, por fim, que a decisão não foi unânime, ficando vencido o voto do Ministro Edson Fachin. Para este, as declarações realizadas pelo agente colaborador seriam somente um meio de obtenção de prova, mas não um meio de prova, o que não teria influência nenhuma para a situação do acusado.

PROPOSTAS DE DIREITO PENAL PREMIAL NO BRASIL

Em que pese os institutos de direito penal consensual já presentes em nosso ordenamento jurídico, sua capacidade de solucionar muitos processos e de maneira mais célere faz com que exista um desejo de expandir os espaços de consenso no direito penal brasileiro, possibilitando sua utilização à novos crimes e circunstâncias. Assim, passaremos a analisar duas propostas que tramitam atualmente para criar espécies de direito penal premial.

O primeiro deles, e de tramitação mais antiga, é o Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2009, que foi recebido na Câmara dos Deputados com o número 8045/2010. O projeto é de autoria do então senador José Sarney, e consiste na proposta do novo código de processo penal. Neste momento, aguarda parecer do relator.

Neste projeto, entre suas inovações, existem os artigos 283²⁷ e 284²⁸, inseridos no capítulo III, que trata do procedimento sumário, traz uma hipótese de imposição de sanção por negociação entre as partes. O Ministério Público e a defesa poderão, até a audiência de instrução, requerer a imediata aplicação de pena para crimes cuja sanção máxima cominada não seja superior há oito anos.

O parágrafo primeiro deste artigo elenca algumas condições para a realização de tal negócio processual, entre elas a confissão, total ou parcial, dos fatos atribuídos ao réu na denúncia, e o requerimento de que seja aplicada a pena em seu patamar mínimo. O texto destaca que a opção por tal benefício faz com que sejam desconsideradas circunstâncias agravantes e causas de aumento. Trata-se de benesse prevista em lei, sobre a qual não haveria discricionariedade para a atuação do acusador. O legislador já prevê qual a parcela do poder punitivo que o Estado renunciaria para uma solução mais rápida.

Ao lado da confissão, que é uma renúncia por parte do réu, e da fixação da pena no mínimo legal, que é uma abdicação por parte da acusação, há também o inciso III, que exige para a celebração do acordo que ambas as partes dispensem as provas que viriam a produzir. Aqui, a renúncia será a mesma para a acusação e para a defesa.

Além da garantia da pena mínima, o projeto prevê outros benefícios interessantes para aquele que adere a solução consensual. Os parágrafos segundo e terceiro permitem que o réu que opta pelo acordo seja beneficiado pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (art. 44, código penal), suspensão condicional da pena (art. 77, código penal) e, caso haja requerimento das partes, a redução da pena em um terço se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime a indicarem. Trata-se de uma causa de redução de pena “genérica”, que se assemelha as atenuantes genéricas previstas no art. 66, código penal, quanto a ser uma forma não taxativa de reduzir a reprimenda.

Em contrapartida, o parágrafo quarto limita o alcance da causa de diminuição de pena genérica do parágrafo terceiro para situações que não existam outras causas de diminuição expressas no acordo, com ressalva da tentativa. Assim, fica o parágrafo terceiro como uma causa de diminuição subsidiária,

cabível quando não possível nenhuma outra, exceto quando se tratar de crime tentado, única hipótese de cumulação de causas de diminuição no bojo do acordo.

O novo instituto apresenta previsão normativa para a imposição de multa no negócio penal que envolva infrações penais em que é cominada multa cumulativamente com a reprimenda. Assim como a pena privativa de liberdade, a multa será fixada em seu mínimo legal, e seu valor deve estar expresso nos termos acordados.

Com a realização da avença, o acusado fica isento das custas e despesas processuais. Aquilo que for ajustado entre as partes será submetido ao controle judicial, a quem compete verificar o cumprimento das exigências legais. Uma característica essencial a ser destacada deste possível novo benefício é que sua homologação será tida como sentença penal condenatória, diferentemente do que acontece com outras espécies de consenso penal já incorporadas ao nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, a transação penal.

Finalmente, o texto contempla hipóteses em que a solução consensual não seja desejada pelas partes ou não se concretize de forma exitosa. O parágrafo nono é claro ao exigir que, em caso de não homologação do acordo, seu conteúdo seja absolutamente desconsiderado, ficando vedada qualquer menção a respeito. Por fim, não havendo acordo entre as partes, o processo segue adiante na forma da lei.

Outra proposta que trata de instrumentos de consenso no direito penal é o projeto de lei 236/2012, que assim como o anterior foi proposto no senado e tem como autor o senador José Sarney, e busca a reforma do código penal. Entre seus dispositivos, estão os artigos 105²⁹ e 106³⁰ que tratam da barganha e da colaboração com a justiça.

A barganha prevista no art. 105 em muito se assemelha ao procedimento sumário do art. 283 do PLS 156/2009. Suas diferenças são pontuais, como a previsão de que a proposta de barganha deve ocorrer somente após o recebimento definitivo da denúncia, a vedação a regime inicial fechado, a falta de vedação expressa do benefício as infrações penais com penas máximas superiores a oito anos e a possibilidade de redução de um terço da pena por requerimento das partes, sem exigência das condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime.

Já no art. 106, temos a figura do imputado colaborador, que se assemelha ao instituto da colaboração premiada, que teria como função unicamente incorporar ao diploma penal tal benefício. As únicas diferenças a serem destacadas são a obrigatoriedade de concessão do benefício caso se verifique

algum dos resultados previstos em lei (uma clara restrição ao poder de controle judicial sobre o acordo), a atribuição de valor probatório a delação do autor da infração penal, desde que acompanhadas de outras provas.

CONCLUSÃO

Foi possível compreender a justiça penal consensual como um modelo de processo em que a vontade das partes da ação penal é determinante para o desdobramento e conclusão desta, no qual os envolvidos propõe e aceitam termos na busca de interesses comuns, manifestados por mútuos benefícios, submetidos a controle judicial dos elementos do que foi estabelecido, que pode abranger aspectos materiais e processuais, regulados ou não por lei, podendo ser celebrado durante a investigação, processo ou execução. Será garantida a defesa para o acusado.

Podemos verificar que o consenso penal é um recurso desejável, sendo recomendado por organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), e sendo assimilado pelos ordenamentos jurídicos de diversos países.

Em alguns destes países, estas soluções consensuais no âmbito penal se consolidaram, tornando-se parte importante da persecução penal, como é o caso dos Estados Unidos, onde tais institutos são utilizados a mais de um século e são responsáveis pela solução da ampla maioria dos casos.

O sistema de justiça penal consensual americano, por ser um dos mais tradicionais do mundo, acaba exercendo influência sobre outros ordenamentos jurídicos, entre eles, o brasileiro. Uma destas influências está no instituto da transação penal, que em muito se aproxima da figura do *nolo contendere*, pois em ambos os casos, há imposição de penalidade sem que o investigado assuma a responsabilidade pelo fato e sem que haja impugnação por parte da defesa.

Outra característica do consenso penal norte-americano é a tendência quase unânime de afastar o juiz durante as tratativas do acordo, o que também se observa no direito brasileiro, onde o papel exercido pelo magistrado é unicamente de controle posterior.

Absolutamente na contramão do exemplo anterior, temos a experiência alemã, cuja origem está ligada a atuação do Poder Judiciário, onde o julgador toma parte na realização do negócio, inteiramente desvinculada de qualquer previsão legal, calcada de maneira exclusiva no costume. De certa maneira, podemos destacar que a origem do acordo de não persecução penal brasileiro seguiu um caminho semelhante, de maneira que foi introduzida por atuação não legislativa, mas por um envolvido direto no cotidiano do processo penal: o Ministério Público, através do Conselho Nacional.

Vale lembrar que esta origem informal do acordo de não persecução penal foi questionada em nossa corte superior, e encontra-se pendente de julgamento. Tal julgamento será de vital importância pois determinará se o ordenamento jurídico se aproximará um pouco mais do chamado *commom law*, permitindo as partes fixar com mais liberdade os negócios penais, ou se segue uma vertente mais rígida do princípio da legalidade.

Outros pontos em comum a se destacar entre as formas de consenso brasileiras e as germânicas é a vedação a renúncia do direito à recurso, para permitir a impugnação dos termos, como se encontra expressamente previsto no art. 4º, § 7º-B da Lei 12.850/2013, além da dispensa de prova para a feitura do acordo, como se pretende no projeto de lei 236/2012, em seu art. 105, §1º, III.

De outro lado, a Itália preferiu adotar a legalidade para incorporar as soluções consensuais ao seu processo penal, inserindo na própria constituição a autorização expressa para a renúncia do contraditório em caso de acordo. Quanto as figuras de direito penal consensual, o procedimento por decreto penal, reservado para crimes de menor lesividade, seria uma experiência interessante em situações como as do juizado especial criminal, onde o acusado ao ser citado já tenha uma proposta de punição em que, caso tenha interesse de cumprir, extingue a punibilidade, sem maiores transtornos.

Em se tratando de acordos cujo o benefício é preestabelecido, o Brasil poderá ter uma solução ainda mais vantajosa que o juízo abreviado italiano, caso o projeto de lei do senado 156/2009 seja aprovado, pois permitirá que, além de um benefício garantido, no caso a pena mínima, poderá, por negociação com a acusação, buscar outras benesses.

Encerrando a análise do negócio penal na Itália e do direito comparado, o instituto da aplicação da pena por requisição das partes tem uma grande proximidade com a transação penal brasileira, já que a tratativa das partes poderá resultar em uma pena diversa da restritiva de liberdade.

Por mais que existam críticas a este modelo de processo penal, elas parecem não afastar a viabilidade de sua implantação. Não haverá supressão do contraditório, o acordo criminal apenas antecipará o debate das provas, onde a palavra da defesa será fundamental para o sucesso da negociação. O controle judicial será conservado em todas as formas de consenso penal que existem e que por hora se pretende aprovar, não se permitindo ilegalidades ou punições desvinculadas de elementos de convicção.

Difícil ainda pensar em violação da obrigatoriedade, já que os acordos em matéria criminal só configuram uma outra forma de promoção da responsabilidade penal incorporada ao processo convencional, como já ocorre em casos como o da transação penal, apenas havendo uma harmonização com outros interesses públicos relevantes, como a efetividade da justiça.

A ideia de coerção do acusado, por medo de uma pena desproporcional por se negar ao acordo também não convence. Em qualquer que seja o acordo, a pena e o enquadramento da conduta competem ao magistrado, que está alheio a tratativa das partes. Quanto a possíveis falsas declarações de responsabilidade do imputado, esta é uma realidade que o processo tradicional também não está imune, cabendo ao Ministério Público e a autoridade judicial encarregada do controle averiguar se as alegações da parte são compatíveis com aquilo apurado na investigação preliminar.

Ainda sobre os elementos de informação, é falsa a acusação de que o consenso penal abandona a busca da verdade real, já que qualquer acordo, assim como o processo habitual, dependerá de justa causa. Destaca-se que, os negócios penais não são uma forma de transferir a responsabilidade da morosidade ao réu, mas sim uma forma de cooperação entre as partes com benefícios mútuos em prol de interesses sociais.

É fantasioso defender que os acordos penais geram uma desfiguração do sistema acusatório, afetando a paridade de armas, concentrando no Ministério Público o papel de acusar e julgar. Não haverá qualquer punição ao réu com o qual ele não concorde, afinal, trata-se de um acordo.

Quanto ao juiz, este não é prejudicado em seus poderes, pois a ele compete a homologação dos termos estabelecidos pelas partes, analisando a adequação das cominações. Esta apreciação judicial se dá de forma imparcial, pois o magistrado não está envolvido na realização do acordo, se mantendo equidistante dos interesses das partes.

Aqueles que consideram o fato de não haver redução nos índices de criminalidade e de que o consenso penal adia a discussão sobre descriminalização como um defeito do instituto, não entendeu o propósito do instrumento. Estes dois problemas são resolvidos no âmbito da política, onde o consenso não surte efeito, o que ele faz é sanar outros problemas, como a morosidade do processo, que existem enquanto outros debates políticos são travados.

Um problema real dos institutos de justiça consensual é a restrição destas soluções apenas a crimes normalmente praticados por pessoas de alto poder aquisitivo. Entretanto, este defeito não serve de

argumento contrário aos negócios penais, já que ele seria sanado pela expansão dos espaços de consenso no direito penal.

O interesse público na apuração de infrações penais não será deixado de lado, apenas será harmonizado com outros valores de igual relevância. O devido processo legal será respeitado, visto que estes acordos são regulamentados por lei e constituem meio proporcional e razoável do processo penal, já que atingem os fins almejados através de concessões recíprocas equivalentes.

Não há qualquer renúncia a direitos e garantias fundamentais, o que ocorre é um não exercício destas faculdades em prol de outros benefícios, já que no caso concreto, as proteções constitucionais poderiam prejudiciais. Por último, não haverá transferência do ônus da prova para o réu, pois este só fará prova daquilo que alegar e se concordar em fazê-lo para obter os benefícios acordados.

Diante desta realidade, sobressaem os benefícios do consenso penal apesar de todas as críticas, tornando conveniente sua adoção em favor da duração razoável do processo, economia processual e redução da quantidade de processos em trâmite, o que justifica a ampla expansão do consenso penal no país nas últimas décadas.

É com base nesta visão que o legislador vem permitindo, por exemplo, que o ofendido pese seus prejuízos e decida juntamente com o autor dos fatos uma solução de cunho meramente patrimonial e que o titular da ação penal possa flexibilizar obrigatoriedade da ação penal na transação, e a indisponibilidade desta na suspensão condicional do processo, além de possibilitar benefícios para aquele que colabore com a persecução penal.

Dos instrumentos de consenso penal adotados em nosso ordenamento jurídico, podemos destacar algumas características, entre elas a legalidade, tanto na previsão dos acordos como em seus benefícios. Esta preponderância da legalidade quanto aos benefícios já foi declarada tanto na Lei de organização criminosa quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que também poderá confirmar essa preferência quanto as espécies de acordo nas ADI's 5790 e 5793.

Outro elemento comum dos acordos penais nacionais é o controle judicial. O magistrado não toma parte na definição dos termos do negócio processual, apenas apreciando sua regularidade, em respeito ao sistema acusatório e a inafastabilidade da jurisdição.

O modelo de consenso penal brasileiro consagrou a busca pela aplicação de penas não privativas de liberdade. Pode-se notar que os institutos já aplicados em nosso ordenamento jurídico sempre facultam a possibilidade de aplicação de pena diversa da prisão, o que tem razão de ser, se levamos

em consideração a superlotação penitenciária que já foi declarada, inclusive, um estado de coisas inconstitucionais.

Entre os envolvidos no acordo temos o titular da ação penal, na ação pública ou privada, com mitigação no caso da colaboração para abrir espaço para o delegado de polícia, e o acusado, devidamente assistido por defensor em homenagem a ampla defesa e o contraditório. Por último, destaca-se que os benefícios consensuais penais só poderão ser negados aos acusados por manifestação motivada.

Mesmo levando em conta estas características, os projetos em tramitação prometem algumas inovações, como abrir espaço para penas privativas de liberdade consensuais, obrigatória homologação judicial caso o resultado seja obtido e a possibilidade de negócio penal para crimes mais recorrentes entre pessoas menos favorecidas, afastando a recorrente alegação de seletividade do direito penal quando se trata de soluções consensuais penais.

REFERÊNCIAS

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 1, 2016 p.377-396 QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. p. 5. Disponível em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargainin g.pdf> Acesso em: 21 de Outubro de 2019.

GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. Boletín mexicano de derecho comparado, México, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016. Disponível em

<http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso>. acessado em 14 enero 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius; CAPPARELLI, Bruna. BARGANHA NO PROCESSO PENAL ITALIANO: ANÁLISE CRÍTICA DO PATTEGGIAMENTO E DAS ALTERNATIVAS PROCEDIMENTAIS NA JUSTIÇA CRIMINAL. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 15, n. 10, jun. 2015. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/281229305_BARGANHA_NO_PROCESSO_PENAL_ITALIANO_ANALISE_CRITICA_DO_PATTEGGIAMENTO_E_DAS_ALTERNATIVAS_PROCEDIMENTAIS_NA_JUSTICA_CRIMINAL/citation/download. Acesso em: 15 abr. 2020.

ANGELINI, Roberto. A NEGOCIAÇÃO DAS PENAS NO DIREITO ITALIANO (O CHAMADO PATTEGGIAMENTO). Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Delação premiada: limites éticos ao Estado. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Especial Criminal Comentada. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 520.

LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 08/04/2020

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

CARMO, Mara Lina Silva do. Ampla defesa e colaboração premiada no Estado Democrático de Direito brasileiro. 2018. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de; CARDOSO, Henrique Ribeiro. Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: Uma análise de direito estrangeiro. Revista de pesquisa e educação jurídica. Florianópolis, v. 3, n. 2, jul/dez. 2017. Disponível em:

<https://indexlaw.org/index.php/rpej/article/view/2405/pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAS, Vladimir. A técnica de colaboração premiada. Disponível em :

<https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

ARAS, Vladimir. Natureza dúplice da colaboração premiada: instrumento de acusação; ferramenta de defesa. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/natureza-duplica-da-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. - 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

TOMAZINI, Andressa. (Acordo de) colaboração premiada: natureza jurídica e natureza probatória. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/630417006/acordo-de-colaboracao-premiada-natureza-juridica-e-natureza-probatoria>. Acesso em: 24 abr. 2020.

CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”: delação forçada. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>. Acesso em 04 mai 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. Revista DIREITO UFMS. Campo Grande, v.4, n.1, jan/jun. 2018, p. 279 – 297.

NOTAS

Nota1

Associam o termo justiça consensual a um “modelo que concede um lugar mais ou menos importante ao consentimento dos interessados, seja sob a forma positiva de uma aceitação ou sob a forma negativa de uma ausência de recusa” (...). Por seu turno, a justiça negociada designaria, mais propriamente, aquelas situações em que o imputado tem um verdadeiro “poder de discussão” acerca das propostas que lhe são feitas, interferindo no seu conteúdo. LEITE, Rosimeire Ventura; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php> >.

Nota 2

Em dados de 2017, presos provisórios representam 40% da população carcerária nacional. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas> .

Nota 3

Um aspecto fundamental que está presente tanto nas decisões europeias como no posicionamento do STF diz respeito à imperiosa necessidade de judicialização do acordo no âmbito criminal, ou seja, tudo que é negociado tem que passar pelo crivo do Judiciário, que só pode homologar o que foi pactuado quando se convence da sua razoabilidade (em sua dupla dimensão de proibição de excesso e vedação de insuficiência da medida), da manifestação de vontade livre (voluntariedade), da certeza de que existem provas mínimas contra o imputado (“fumus comissi delicti”), da convicção de que ele está ciente das consequências do seu ato, da efetividade da assistência jurídica prestada, da eventual assimetria abusiva em favor do Ministério Público e por aí vai. LFG fonte: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/01/2bcfda5c-plea-bargain-modelo-norte-americano-de-justica-inevitavel-conflito-de-codificacao-unicode.pdf>

Nota 4

A vítima, por sua vez, não tem um papel ativo, mas, com frequência, o seu interesse na reparação do dano é resguardado. LEITE, Rosimeire Ventura; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php> >.

Nota 5

Artigo 37.Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei. 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial

à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção. 5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

Nota 6

Processos Criminais: 9,1 milhões tramitaram na Justiça em 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-criminais-91-milhoes-tramitaram-na-justica-em-2018/> . Acesso em 24/02/2020.

Nota 7

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;

Nota 8

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.

Nota 9

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Nota 10

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e

justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Nota 11

Art. 3-A, Lei 12.850/13: O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Nota 12

STF- HC 127.483/ PR: (...)3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).

4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Nota 13

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Nota 14

14Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

(...)

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Nota 15

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Nota16

CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”: delação forçada. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>. Acesso em 04 mai 2020.

Nota 17

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

Nota 18

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. (...) § 3º O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.

Nota 19

STF- HC nº. 127.483: A colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Nota 20

STF. 2ª Turma. MS 35693 AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 28/5/19 (Info 942).

Nota 21

STF. 2ª Turma. PET 7065/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 30/10/18 (Info 922).

Nota 22

STF. Plenário. ADI 5508/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 20/6/2018(Info 907).

Nota 23

STF. 2ª Turma.HC 151605/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/3/18 (**Info 895**).

Nota 24

24STJ. HC 396.658-SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 27/6/17 (**Info 609**) e STF. HC 138207/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 25/4/17 (**Info 862**).

Nota 25

STF. Rcl 22009 AgR/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. 16/2/16 (**Info 814**).

Nota 26

STF. 2ª T. HC 157627 AgR/PR, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/8/19 (**Info 949**).

Nota 27

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo; III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas. § 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código. § 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. § 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo. § 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo. § 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais. § 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo. § 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada 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.

Nota 28

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Nota 29

Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento. § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º deste artigo; III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas. § 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código. § 3º Fica vedado o regime inicial fechado. § 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal.

Nota 30

Art. 106. O juiz, a requerimento das partes, concederá o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade, se o imputado for primário, ou reduzirá a pena de um a dois terços, ou aplicará somente pena restritiva de direitos, ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a total ou parcial identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; ou III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A aplicação do disposto neste artigo exige acordo que será celebrado entre o órgão acusador e o indiciado ou acusado, com a participação obrigatória do seu advogado ou defensor, respeitadas as seguintes regras: I – o acordo entre as partes, desde que tenha efetivamente produzido o resultado ou os resultados mencionados no caput deste artigo, vinculará o juiz ou tribunal da causa; II – a delação de coautor ou partícipe somente será admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes quando acompanhada de outros elementos probatórios convincentes; III – ao colaborador da Justiça será aplicada a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas; IV – oferecida a denúncia, os termos da delação serão dados a conhecimento dos advogados das partes, que deverão preservar o segredo, sob as penas da lei.