



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

Limites do consenso na Justiça Criminal:
Acordos de sentença no Sistema Brasileiro e Português

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autor: Douglas Lima da Guia

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Co-orientadora: Professora Mestre Ana Paula Pinto Ferreira Lourenço

Número do candidato: 20160843

Novembro de 2021

Lisboa

DEDICATÓRIA

A Deus, pelo dom da vida.

Aos meus pais Terezinha e Domingos,
pelos seguros ensinamentos e pela
educação, maior patrimônio moral de um
ser humano.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao orientador, Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, e a Co-orientadora, de forma especial, Professora Mestre Ana Paula Pinto Lourenço, pelo empenho, ensino, orientação, e o rigor, tão valiosos para o meu crescimento acadêmico e para a obtenção do título de Mestre.

Aos Professores da UAL;

Aos colegas da minha turma do Mestrado;

À Dra. Roberta Campos e à equipa do Gaci/UAL.

RESUMO

De modo geral, a tendência do processo penal mundial sempre foi o caminho da lógica do punitivismo.

Ocorre que esse caminho, baseado na ideia de que a aplicação do direito penal é a resposta para todos os agravos sociais acabou por inflacionar os tipos penais ampliando o número de infrações e de infratores, sobrecarregando o sistema judiciário, causando morosidade e pouca eficiência no julgamento dos delitos.

Esse cenário tem exigido dos países um movimento de incentivo a tendências de flexibilização de regras procedimentais e introdução de mecanismos de consenso no processo penal, fazendo com a justiça consensual penal seja uma realidade em várias sociedades, como por exemplo, no ordenamento jurídico da Alemanha, da França, da Itália, dos Estados Unidos, de Portugal e do Brasil, dentre outros.

Com os institutos analisados no presente trabalho: “acordo sobre a pena aplicável” em Portugal e “acordo de não persecução penal” no Brasil, tem-se a possibilidade de promoção de uma justiça consensual penal que estimula a humanização das penas em si e a modernização do próprio processo penal nas sociedades contemporâneas, protegendo e respeitando o ser humano e os valores fundamentais da Constituição de cada Estado em análise.

Dentro dessa lógica negocial, constitui-se objeto da presente investigação, após análise dos dois institutos em comento no sistema jurídico-penal português e brasileiro, o registro das principais semelhanças e dissimilaridades entre eles, sem pretensão de esgotamento do tema.

Adotou-se como metodologia de investigação jurídico-social a técnica de pesquisa bibliográfica, por se tratar de trabalho de investigação científica, utilizando-se de doutrina, legislação e jurisprudência dos tribunais, como fundamento de estudo para fundamentação das ideias elaboradas.

Palavras-chave: **consenso; justiça criminal negociada; acordo penal; Portugal; Brasil.**

ABSTRACT

In general manner, the trend of the world criminal process has always been the path of the logic of punitivism.

It so happens that this path, based on the idea that the application of criminal law is the solution to all the ills of society, ended up inflating the criminal types, increasing the number of offenses and offenders, overloading the judicial system, causing delays and inefficiency in the judgment of crimes.

This scenario has required countries to encourage trends towards more flexible procedural rules and the introduction of consensus mechanisms in criminal process, making consensual criminal justice a reality in several societies, such as in the German's legal system, France, Italy, the United States of America, Portugal and Brazil, among others.

With the institutes analyzed in this paper: "agreement on the applicable penalty" in Portugal and "agreement on non-criminal prosecution" in Brazil, there is the possibility of promoting a consensual criminal justice that encourages the humanization of the sentences "ipso facto" and the modernization of the criminal process itself in contemporary societies, protecting and respecting human beings and the key values of the Constitution of each State under analysis.

Within this bargain logic, the object of this investigation is constituted, after the narrative that established the basic outlines of the two institutes under analysis in the Portuguese and Brazilian penal legal system, the mention of similarity and dissimilarity between the institutes of penal agreement under discussion analyzed.

Since this is a scientific research work, the bibliographic research technique was adopted as a methodology of legal-social research, using the doctrine, legislation, and jurisprudence of local courts as a study base to support the ideas proposed here.

Keywords: consensus; negotiated criminal justice; criminal agreement; Portugal; Brazil.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AgR.	Agravo Regimental
AMB	Associação dos Magistrados do Brasil
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
NPA	Non-Prosecution Agreement
Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP-B	Código Penal Brasileiro
CP-P	Código Penal Português
CPP-B	Código de Processo Penal Brasileiro
CPP-P	Código de Processo Penal Português
CRP	Constituição da República Portuguesa
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
ENCC	Estratégia Nacional de Combate à Corrupção
FBSP	Fórum Brasileiro de Segurança Pública
HC	Habeas Corpus
JECRIM	Juizado Especial Criminal
MP	Ministério Público
Ob. cit.	Obra Citada
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página (s)
PGR	Procuradora-Geral da República
PIDCP	Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos
RE	Recurso Extraordinário
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal Brasileiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça Brasileiro
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TER	Tribunal da Relação de Évora
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias

SUMÁRIO

RESUMO	3
ABSTRACT	4
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	5
INTRODUÇÃO	8
Capítulo 1: JUSTIÇA CONSENSUAL E PROCESSO PENAL	13
1.1. Evolução Histórico-Normativa das Sanções	13
1.2. Justiça Consensual Penal.....	17
1.3. Justiça Consensual Penal no Cenário Internacional	19
1.3.1. O modelo Americano	20
1.3.2. O modelo Português.....	21
1.3.3. O modelo Brasileiro	23
1.4. Dos Princípios Constitucionais e Processuais em Portugal e no Brasil Aplicáveis aos Acordos e Consensos Penais	25
1.4.1 Princípio da Legalidade no Ordenamento Jurídico de Portugal e do Brasil ..	26
1.4.2. Princípio da Legalidade/Oficialidade em Portugal e Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal no Brasil versus Princípio da Oportunidade.....	28
1.4.3. Princípio da Celeridade ou da Razoável Duração do Processo.....	32
Capítulo 2: MECANISMOS DE CONSENSO EM PORTUGAL E NO BRASIL ..	35
2.1. Mecanismos Atuais de Consenso Penal.....	35
2.1.1. Arquivamento em Caso de Dispensa de Pena	37
2.1.2. Suspensão Provisória do Processo	40
2.1.2.1. Regimes Especiais de Suspensão Provisória do Processo	44
2.1.3 Colaboração Processual ou Arrependimento na Lei da Droga.....	46
2.1.3.1. O Arrependimento na Lei da Droga.....	48
2.1.4. Dispensa de Pena e Arquivamento em Caso de Dispensa de Pena nos Crimes Fiscais	50
2.1.5. Mediação Penal de Adultos.....	53
2.2. Mecanismos Tradicionais de Consenso no Brasil	55
2.2.1. Transação Penal.....	59
2.2.2. Suspensão Condicional do Processo	64
3.2. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013)	70
Capítulo 3: ACORDOS PENAIS NOS ORDENAMENTOS DE PORTUGAL E DO BRASIL	81
3.1. Do Acordo Sobre Sentenças em Portugal	81
3.1.1. A proposta do Prof. Doutor Figueiredo Dias.....	83
3.1.2. Das Orientações das Procuradorias-Gerais Distritais de Lisboa e de Coimbra	87
3.1.3. Da Proposta de Lei n.º 90/XIV, da Presidência do Conselho de Ministros ...	90
3.1.3.1. Das Manifestações do Conselho Geral da Ordem dos Advogados; do Conselho Superior do Ministério Público e do Conselho Superior da Magistratura sobre a Proposta de Lei nº 90/XIV	95
3.2. Do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil	97
3.2.1. Acordo de Não Persecução Penal: Moldura Legal.....	99
3.2.2. Conceito e Natureza Jurídica.....	101

3.2.3. Requisitos Legais	103
3.2.4. Condições para a Celebração dos Acordos	107
3.2.4.1. Reparação do dano ou restituição da coisa à vítima	108
3.2.4.2. Renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime	109
3.2.4.3. Prestação de serviços à comunidade	110
3.2.4.4. Pagamento de prestação pecuniária	111
3.2.4.5. Cumprimento de outra condição estabelecida pelo Ministério Público	112
3.3. Hipóteses Impeditivas	113
3.3.1. Quando for cabível transação penal	113
3.3.2. Quando o investigado/acusado for reincidente mantiver conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional	114
3.3.3. Ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.....	115
3.3.4. Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.	116
3.4. Fase Judicial e Consequências do Descumprimento	117

Capítulo 4: ANÁLISE COMPARATIVA DA PROPOSTA DA LEI Nº 90/XIX REFERENTE AO ACORDO SOBRE A PENA APLICÁVEL EM PORTUGAL E DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL.....121

4.1. Análise Comparativa desses Mecanismos de Justiça Consensual em Portugal e no Brasil	121
4.1.2. Da Nomenclatura e do Conteúdo dos Institutos de Consenso analisados: Acordo sobre Sentenças em Portugal e o Acordo de Não Persecução Penal no Brasil	122
4.1.3. Dos Requisitos Autorizadores da Realização dos Acordos em Portugal e no Brasil	124
4.1.4. Das Situações que Impedem a Realização dos Acordos em Portugal e no Brasil	126
4.1.5. Da Existência de Responsabilidade Criminal e Patrimonial nos Acordos no Ordenamento Jurídico Português e Brasileiro	128
4.1.6. Da Participação da Vítima nos Acordos em Portugal e no Brasil	130
4.1.7. Da Natureza do Crime e do Princípio da Legalidade no Caso Português e da Natureza da Ação Penal e do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal no Caso Brasileiro versus o Princípio da Oportunidade nos Acordos Penais	134

CONCLUSÃO.....136

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....140

INTRODUÇÃO

No exame da evolução histórico-normativo das sanções outrora aplicadas aos crimes praticados, nota-se a gradativa substituição da aplicação da punição por parte da vítima ou por outro particular familiar daquela, no que consubstanciava a admissibilidade da vingança privada, pela aplicação das sanções pelo Estado-Juiz.

Assim, o Estado passou a agir como representante da vontade social na perseguição dos delitos e na aplicação da correspondente sanção, possuindo o “*jus puniendi*”, ou seja, a pretensão punitiva estatal, consistente em exigir, de quem comete um delito, sua sujeição a uma sanção penal com procedimentos e respeitando a legalidade.

Logo, pode-se afirmar que o crime é uma afronta à ordem estabelecida e, por isso, passível de punição. Todavia, a forma como o “castigo” será aplicada ao criminoso dependerá da época e da sociedade vigente ao tempo do delito.

Nesse diapasão, ganha destaque o Processo Penal, um conjunto de normas e princípios que constituem o instrumental técnico necessário à aplicação do direito penal pelo Estado, impondo, através dele, sua autoridade, com aplicação de pena por meio de um magistrado imparcial e com limitação de poderes. Assim, pode concluir-se que, a titularidade do direito de aplicar uma pena por parte do Estado, “surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça¹”, em que a existência de disposições legais conferi garantias aos cidadãos contra o arbítrio de particulares e do próprio Estado.

Todavia, a atuação penal estatal contribuiu para a formação de um ordenamento jurídico vasto e burocratizado. A par, assistiu-se, a uma ampliação, cada vez maior de criminalização de condutas. Com isso, a demanda por resposta por parte do Estado acabou por gerar um cenário em que o sistema judicial criminal foi ficando lento e pouco efetivo.

No caso do Brasil, por exemplo, o modelo de política criminal sempre privilegiou o endurecimento da repressão estatal através do aumento das penas previstas na lei penal e também por meio da tipificação de novos delitos. Destaca-se, nesse sentido, a aprovação da Lei nº 8.072/90², chamada de “lei dos crimes hediondos” que endureceu ainda mais as penas para determinadas infrações penais.

¹ LOPES JUNIOR, Aury - **Direito processual penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 35.

² Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990 – Dispõe sobre os crimes hediondos.

A referida lei identifica quais os crimes que devem merecer esta designação. Em comum, pode-se afirmar que, um crime é hediondo quando causa profunda repugnância na sociedade por ofender de forma grave valores sociais e morais legítimos, violando, em última instância, a dignidade humana.

Segundo Fernando Capez, os chamados “crimes hediondos” são aqueles crimes declarados pelo legislador como de maior reprovação social, cabendo tão somente à lei definir quais são os delitos classificados como hediondos, sendo certo que tal classificação encontra-se no art.5º, inciso XLIII, da Constituição Federal Brasileira e no art. 1º, da Lei nº 8.072/90. São delitos insuscetíveis de indulto, graça ou anistia e inafiançáveis³.

Ainda que no passado, a tendência do processo penal mundial tenha sido o caminho da lógica do punitivismo, ou seja, a compreensão de que, a vontade da sociedade, motivada pela insegurança e pelo medo, é que os criminosos sofram punições extremamente severas, com um ideal de que essa punição exagerada servirá de exemplo para que tais crimes não sejam mais cometidos, a inclinação atual tem buscado um caminho diverso.

Todavia, mesmo com uma mudança de paradigma rejeitando o conteúdo do punitivismo penal, no caso em análise, Portugal e Brasil não se caracterizam por fazerem da justiça negocial penal um elemento característico de seus sistemas criminais.

No entanto, mesmo não sendo um elemento típico do sistema criminal português e brasileiro, ambos os países têm promovido a introdução de mecanismos de consenso no processo penal.

Essa, inclusive, têm sido uma realidade em várias sociedades, fazendo com a justiça consensual penal seja aplicada em diferentes países, como por exemplo, no ordenamento jurídico da Alemanha, da França, da Itália, dos Estados Unidos, dentre outros.

Nessa esteira de raciocínio, até mesmo diplomas internacionais de direitos humanos⁴, se referem à necessidade de que os Estados Estrangeiros busquem substituir o modelo penal de resolução de conflitos de seus países, que seja baseado numa referência meramente punitiva, para uma solução mais construtiva e reparadora.

Ademais, também o diploma internacional chamado “Regras de Tóquio⁵” demonstra preocupação com a humanização da justiça criminal, primando por princípios que objetivam

³ CAPEZ, Fernando - **Curso de direito penal**: legislação penal especial. Vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08627-4. p. 197.

⁴ Tal acontece desde cedo. Veja-se, por exemplo, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - 1979, proclamada na França, em 26/08/1979, nos seus artigos 8.º e 9.º.

⁵ Adoptadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução n.º 45/110, de 14 de Dezembro de 1990. Acessíveis em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>

promover o uso de medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para os indivíduos submetidos a medidas substitutivas ao aprisionamento, propondo a inclusão da coletividade na participação do processo penal para a melhor resolução dos conflitos criminais.

Dessa forma, na visão do documento internacional de direitos humanos supracitado,

Os Estados-Membros devem desenvolver em seus sistemas jurídicos medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal, levando em consideração a observância aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores⁶.

Deste modo, pese o fato de as Regras de Tóquio serem apenas recomendações acerca da aplicação de medidas alternativas, concedendo relevância especial às penas alternativas à prisão, não possuindo, portanto, força normativa, seu conteúdo reflete a importância de se promover a humanização e a modernização do Direito Penal.

Na esteira desse cenário supranarrado, observa-se o desenvolvimento de uma política criminal marcada por postulados de uma visão progressista com a criação de novos institutos jurídicos e a valorização da chamada “Justiça Consensual Penal”, ou seja, uma forma de resolução de conflitos que se dá pela concordância entre os envolvidos quanto ao seu desfecho.

Em Portugal foi recentemente apresentada a Proposta de Lei nº 90/XIV⁷ que visa, no âmbito da prevenção e combate à corrupção, entre outras alterações legislativas, permitir os acordos penais. Tal proposta prevê a determinação do limite máximo da pena a ser aplicada, fundado na confissão em julgamento dos fatos que são imputados ao arguido na acusação ou na pronúncia. Assim, competiria ao tribunal controlar e comprovar a validade e a credibilidade da confissão e determinar a pena concreta a ser cumprida pelo arguido, dentro dos limites estabelecidos no acordo alcançado.

Esta proposta de lei, que congregava várias propostas contra a corrupção.

⁶ Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça do Brasil; Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. 24 p. – (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos) ISBN 978-85-5834-014-4, p. 15. Regras adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução 45/110, em 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>.

⁷ Proposta de Lei nº 90/XIV, da Presidência do Conselho de Ministros, apresentada ao Parlamento em 05 de maio de 2021 que propõe a inclusão do chamado acordo sobre a pena aplicável, através da inserção do art. 313º-A, ao Código Penal Português.

Não pode ignorar-se que a justiça consensual não é, no entanto, totalmente desconhecida⁸ do ordenamento jurídico português e, de igual modo, a colaboração do arguido não é irrelevante⁹.

Já no Brasil, a justiça negocial penal representa instrumental de política criminal aplicável a crimes sem violência ou grave ameaça, confessados pelo agente, cujo arrependimento se expressa formalmente. Assim, com a disciplina do “Acordo de Não Persecução Penal”, consoante previsão do art. 28-A, do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei nº 13.964/19 (denominada de Pacote Anticrime), o ordenamento jurídico brasileiro admitiu possibilidade nova de não aplicação de sanção penal, desde que obedecidos as condições e requisitos legais.

Com tais institutos analisados no presente trabalho: “acordo sobre a pena aplicável” em Portugal e “acordo de não persecução penal” no Brasil, tem-se a possibilidade de promoção de uma justiça consensual penal que estimula a humanização das penas em si e a modernização do próprio processo penal nas sociedades contemporâneas, protegendo e respeitando o ser humano e os valores fundamentais da Constitucional de cada Estado em análise.

Dentro desse viés, constitui-se objeto da presente investigação, após a narrativa que estabeleceu os delineamentos básicos dos dois institutos em análise nos sistemas jurídicos penais português e brasileiro, o estabelecimento dos pontos de similitudes e dissimilitudes entre os institutos analisados.

Tratando-se de um trabalho de investigação científica, adotou-se como metodologia de investigação jurídico-social, a técnica da pesquisa bibliográfica, fazendo uso da doutrina, da legislação e da jurisprudência dos tribunais locais, como base de estudo para fundamentar as ideias aqui propostas.

Para uma melhor organização e entendimento do trabalho, os capítulos da Dissertação foram divididos do seguinte modo:

O Capítulo 1 aborda a construção histórico-normativa das sanções penais, demonstrando o caminho percorrido pelas civilizações até a chegada ao Processo Penal como instrumento de implementação de política criminal nas sociedades, sobretudo da chamada

⁸ Já se prevêem mecanismo de consensualização, nomeadamente a suspensão provisória do processo, ou a mediação penal, como adiante se concretizará.

⁹ Como exemplos, pode-se citar o Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro, conhecida como Lei da Droga, que prevê um conjunto de comportamentos pós-delito do agente que podem levar à atenuação especial ou dispensa da pena para alguns tipos de delito; e também a dispensa de pena e o arquivamento em caso de dispensa nos crimes fiscais, previstos nos artigos 22º nº 1 e 44º, nº 2 do Regime Geral das Infrações Tributárias - RGIT (Lei nº 15/2001, de 05 de junho e alterações).

justiça consensual, bem como analisa as peculiaridades gerais acerca dos modelos de consenso penal no ordenamento jurídico Americano, Português e Brasileiro, apresentando, ainda, os princípios Constitucionais e Processuais em Portugal e no Brasil Aplicáveis aos Acordos e Consensos Penais.

No Capítulo 2 apresentou-se a análise de alguns mecanismos de consenso existentes em Portugal e no Brasil, destacando-se o arquivamento em caso de dispensa da pena; a suspensão provisória do processo e seus regimes especiais, bem como a colaboração processual ou arrependimento na lei da droga; a dispensa de pena e arquivamento em caso de dispensa de pena nos crimes fiscais e a mediação penal de adultos no caso Português. Ao passo que, em relação ao modelo Brasileiro, o exame privilegiou os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada.

O Capítulo 3 analisa em detalhes o conteúdo do acordo sobre a pena aplicável, instituto de justiça negociada apresentado na Proposta de Lei nº 90/XIV, em discussão atualmente no Parlamento Lusitano, bem como o acordo de não persecução penal no Brasil.

No Capítulo 4 procura-se estabelecer os pontos de semelhanças e diferenças entre os elementos constitutivos dos acordos penais pesquisados, destacando-se a terminologia e conteúdo dos institutos em comento; os requisitos autorizadores da realização dos acordos, bem como as hipóteses impeditivas de sua formalização em cada país; além de discutir acerca da existência de responsabilidade criminal e patrimonial nos pactos. O texto traz ainda uma análise referente à participação da vítima nos acordos e promove uma reflexão sobre as peculiaridades da persecução penal em Portugal e no Brasil, contrapondo os seus princípios informadores.

O texto da Dissertação também apresenta uma breve conclusão sobre a temática, objeto do presente estudo, bem como as referências bibliográficas que serviram de suporte teórico para sua elaboração.

Capítulo 1: JUSTIÇA CONSENSUAL E PROCESSO PENAL

Inicialmente, cumpre frisar que é necessário entender a evolução histórico-normativa das sanções penais para que se possa ter a compreensão da origem da utilização do consenso no processo penal, ou seja, apreender o processo de construção e desenvolvimento do direito penal e da criminologia, uma vez que os fatores temporais, sociológicos e antropológicos influenciaram, ao longo dos séculos, a compreensão do porquê um ser humano vem a delinquir e qual a maneira mais efetiva de lhe aplicar sanções.

O fato é que, desde o início da civilização humana, sempre foi imprescindível a existência de limites para os atos dos integrantes da comunidade e sanções para as respectivas violações, já que sem regras de conduta o caos prevaleceria e, no limite, seria impossível a vida comunitária.

Assim, antes da análise do processo penal como instrumento de implementação de política criminal nas sociedades, sobretudo da chamada justiça consensual, mostra-se imperioso dissertar sobre a evolução histórica das sanções, ainda que sem a pretensão de esgotar a temática. O objetivo é apenas situar o avanço histórico das sanções sociais para a melhor compreensão do modelo consensual penal.

1.1. Evolução Histórico-Normativa das Sanções

Nas civilizações mais antigas, como na dos egípcios, não existiam leis codificadas e as penas eram eminentemente aflitivas. Isso significa que os criminosos recebiam punições que afligiam seus corpos. Assim, as penalidades tinham uma função apenas retributiva como um castigo e uma consequência pelo crime realizado e não possuíam nenhuma finalidade pragmática, nomeadamente de prevenção e eram marcadas pela desproporcionalidade em sua aplicação.

Foi um período marcado pela chamada vingança privada, como preleciona Rogério Greco. Segundo o autor, o único fundamento dessa “vingança” seria a pura e simples punição pelo mal praticado, sendo que, a vingança poderia ser exercida tanto por quem sofreu o dano, como também pelos seus parentes ou até mesmo pelo grupo social em que a vítima se encontrava inserida¹⁰.

¹⁰ GRECO, Rogério - **Curso de direito penal**: parte geral. Volume I: 18. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 16.

De acordo com pesquisas históricas, a codificação de leis tem início com o Código de *Hamurabi*, datado do século XVII a. C e foi elaborado conforme a Lei do Talião, cujo princípio tinha como ideia central aplicar uma punição proporcional ao dano causado. Assim, o lema da referida lei era o “olho por olho, dente por dente”.

A importância do Código de Hamurabi reside no fato de ter sido, até onde se sabe, a primeira lei escrita da humanidade e o primeiro documento jurídico que continha referências para a mediação de conflitos entre os povos. Isso porque, o referido Código foi desenvolvido em um contexto em que a Mesopotâmia formava reinos e cidades cada vez mais multiétnicas e desentendimentos nesse tipo de sociedade poderiam rapidamente se transformar em conflitos bárbaros, sobretudo se vigorasse a chamada “lei da vingança privada ou justiça pelas próprias mãos”, na qual a vítima podia realizar sua retaliação pessoalmente e da maneira que bem entendesse. Com a Lei do Talião, a pena deveria ser adequada ao crime e executada não mais individualmente pela vítima ou seus familiares.

Com a diversidade de povos que atravessavam a Mesopotâmia, fazia-se necessário uma regulamentação que ordenasse e garantisse a estabilidade das relações sociais no Império Babilônico. Nesse sentido, o Código de *Hamurabi* representou uma grande evolução histórica pois implementou um conjunto de regras escritas, substituindo a tradição oral do ensinamento das regras de conduta, capaz de assegurar a estabilidade entre os povos babilônicos.

A existência de uma regulamentação escrita dava uma certa segurança jurídica aos cidadãos, que agora poderiam saber quais eram, realmente, as condutas tidas como ilegais pelo Estado. Por outro lado, possibilitaria amenizar arbitrariedades realizadas pelas autoridades públicas e introduzindo a proporcionalidade como critério na aplicação das penas

Contudo, o referido Código ainda era baseado em punições aflitivas, ou seja, penas que impunham lesões corporais e/ou morte, persistindo uma essência vingativa e sangrenta, embora se pretendesse que houvesse proporcionalidade entre delito e punição.

Nesse período, pode-se afirmar que o processo de aplicação da pena era inquisitivo, em síntese apertada, quer dizer que o Estado que investigava e oferecia a denúncia também julgava e aplicava a pena. Deste modo, não existia imparcialidade nos julgamentos. Muitos acusados eram condenados mesmo sem serem de fato culpados, na maioria das vezes pessoas pobres e sem influência. Ademais, as penas continuavam sem nenhuma proporcionalidade,

ficando cada dia mais violentas, brutais, cruéis e com a única finalidade de “apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração¹¹”.

A aplicação desse tipo de pena, aflitivas, brutais e sangrentas, perdurou ainda por diversos séculos, só sendo realmente posto em debate no período Iluminista, nos séculos XVII e XVIII, momento no qual a burguesia se voltava contra os abusos perpetrados pelos governos absolutistas¹².

O Iluminismo, enquanto corrente filosófica, visava a expansão da razão às demais áreas do conhecimento, em contraponto à influência religiosa presente no Estado, inclusive no que se refere à aplicação das penas. Segundo o brasileiro Luiz Régis Prado, para o movimento iluminista penal, “o delito encontrava sua razão de existir no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva”¹³, sem vinculação com as questões religiosas e éticas da punição.

É neste cenário que surge um pensador que foi de importância singular no desenvolvimento do direito penal, processual penal e da criminologia, o marquês de Beccaria, o qual publicou, em 1764, o livro intitulado: “Dos delitos e das penas”. Nessa obra, o aludido autor buscou questionar o processo de julgamento dos acusados e a forma de aplicação das penas.

Para Beccaria, não era suficiente a existência apenas de uma legalidade formal, isto é, leis escritas, era necessário também a legalidade material, ou seja, que essas leis não fossem obscuras ou ambíguas, de difícil interpretação, posto que impossibilitariam a efetiva compreensão da sociedade sobre as condutas que seriam proibidas e ao mesmo tempo abririam espaço para interpretações abusivas e parciais dos julgadores¹⁴.

Ressalte-se que, tal compreensão do autor viria posteriormente a fundamentar o **Princípio da Taxatividade Penal** (art. 1º, do Código Penal Brasileiro – CP-B¹⁵) na ordem jurídica Brasileira e o **Princípio da Legalidade Penal** (art. 29º, nº 1, da Constituição

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza - **Código Penal comentado**. 10º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 40.

¹² GRECO, Rogério - **Curso de direito penal**: parte geral. Volume I: 18º ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 24.

¹³ PRADO, Luiz Régis - **Bem jurídico penal e constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 20.

¹⁴ Nesse sentido, diz o texto de Beccaria “Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão, que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das normas” (BECCARIA, Cesare- 1764 - **Dos delitos e das penas**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010, p. 34).

¹⁵ Decreto Lei nº 2.848/40 – Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Portuguesa - CRP¹⁶ - e art. 1º, nºs 1, 2 e 3, do Código Penal Português – CP-P¹⁷) no ordenamento jurídico de Portugal. Ou seja, em apertada síntese, significa que as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, cabendo apenas à lei determinar os limites que separam as atividades delituosas das atividades tidas como penalmente irrelevantes.

Outrossim, o citado autor defendia que as penas a serem aplicadas aos criminosos deveriam ser proporcionais ao delito cometido e o seu rigor derivaria da relevância do bem jurídico tutelado e da extensão do dano causado à vítima, se mostrando contrário às penas cruéis e de morte. Para o autor, a pena deveria regenerar o criminoso e não apenas puni-lo.

Beccaria foi um dos precursores da chamada escola penal clássica¹⁸, cujos fundamentos criaram a base dos sistemas jurídicos penais atuais. Um dos grandes feitos dos pensadores desse período foi incluir a dignidade da pessoa humana no estudo da aplicação das penas, o que ocorreu, principalmente, a partir da Revolução Francesa (1789), mais especificamente, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, iniciando-se um período mais humanitário das penas, no qual as penas aflitivas começaram a ser substituídas por penas privativas de liberdade.

Primordialmente, as penas privativas de liberdade eram tão somente medidas cautelares, significa dizer que os criminosos eram privados de sua liberdade como garantia de que se manteriam na disponibilidade do processo até o momento da aplicação das penas aflitivas, logo, perdiam sua liberdade para que não fugissem da pena corporal.

Ocorre que, a partir do século XVIII e da disseminação das ideias iluministas, esse cenário começou a modificar-se, a sociedade estava mais sensível a tanta violência perpetrada pelo Estado, as vozes dos pensadores humanistas começaram a ecoar e a privação de liberdade foi deixando de ser apenas de natureza cautelar e passando a ser protagonista no sistema de aplicação de penas¹⁹.

¹⁶ Constituição da República Portuguesa de 1976, aprovada em 02 de Abril. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

¹⁷ Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro – Aprova o Código Penal Português. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹⁸ De acordo com exposição de Nestor Filho, “Os Clássicos partiram de duas teorias distintas: o jusnaturalismo (direito natural, de Grócio), que decorria da natureza eterna e imutável do ser humano, e o contratualismo (contrato social ou utilitarismo, de Rousseau), em que o Estado surge a partir de um grande pacto entre os homens, no qual estes cedem parcela de sua liberdade e direitos em prol da segurança coletiva. A burguesia em ascensão procurava afastar o arbítrio e a opressão do poder soberano com a manifestação desses seus representantes através da junção das duas teorias, que, embora distintas, igualavam-se no fundamental, isto é, a existência de um sistema de normas anterior e superior ao Estado, em oposição à tirania e violência reinantes.” (NETOR FILHO, Sampaio Penteado - **Manual Esquemático de Criminologia**. 2º ed. Saraiva, 2012, p. 46).

¹⁹ Sobre o tema, disserta Michel Foucault “No fim do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a

Contudo, dessa forma de aplicação da pena também derivaram alguns problemas graves, dentre os quais pode-se citar a insalubridade dos locais onde eram cumpridas as penas, e o fato de, frequentemente, se cingirem a um mero afastamento dos presos da comunidade, sem programas que possibilitassem a aprendizagem e o desenvolvimento de competências dos detentos com vistas a facilitar sua ressocialização ao convívio social.

Posteriormente, a Escola Penal Moderna Alemã (também chamada de Escola de Política Criminal ou Escola Sociológica Alemã) buscou através das suas ideias amenizar os efeitos da aplicação das penas privativas de liberdade, tendo como precursor o austríaco Franz Ritter von Liszt, com o Programa de *Marburgo*, em 1882.

Duas características dessa escola revelam-se da maior importância para o desenvolvimento dos métodos de aplicação da pena. A primeira é a diferenciação das consequências jurídicas a aplicar a imputáveis e imputáveis, com aplicação de pena àqueles e medida de segurança a estes. A segunda é a possibilidade de se substituírem penas privativas de liberdade de curta duração por penas alternativas ou até sua eliminação, dependendo da situação fáctica.

Assim, a narrativa do contexto histórico-normativo das sanções aplicadas aos crimes outrora praticados, revela como as punições foram se adaptando às relações sociais em cada momento da história.

No cenário atual de desenvolvimento de uma política criminal marcada por postulados de uma visão progressista, observa-se a criação de novos institutos jurídicos e a valorização da chamada “Justiça Consensual Penal”, cujos fundamentos serão melhor apresentados nas linhas abaixo.

1.2. Justiça Consensual Penal

Pode-se afirmar que “consenso” significa acordo, anuência, consentimento. Pensando nas Ciências Jurídicas, parece estar mais relacionado com o direito civil e empresarial e seus contratos, cujo princípio clássico é o consensualismo que representa um acordo de vontades entre as partes manifestadas na direção de um objetivo comum.

Transportando as ideias de consenso, acordo e consentimento para o direito processual penal, tem-se o nascimento da chamada “Justiça Consensual Penal”, ou seja, uma forma de

mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares. [...] A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à ‘humanidade’”. (FOUCAULT, Michel - **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 260).

resolução de conflitos que se dá pela concordância entre os envolvidos quanto ao seu desfecho.

Nota-se que, com a humanização das penas em si e também com a modernização do próprio processo penal nas sociedades contemporâneas, foi possível o surgimento de modelos consensuais na justiça criminal, principalmente pelo fato de que, ao humanizar as normas penais, estas acabaram por proteger o respeito ao ser humano e seus valores fundamentais.

A humanização e modernização do processo penal possibilitou também um julgamento mais adequado das condutas e suas penas, assegurando aos acusados as garantias processuais do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

O aumento de garantias processuais acarretou uma rigidez maior nos procedimentos, tornando-os mais complexos e, conseqüentemente, mais lentos. Acontece que, no decorrer das décadas, as taxas de criminalidade foram crescendo de forma expressiva, notadamente a partir do começo do século XX, fato que foi solapando a justiça criminal, tornando-a cada vez mais lenta e menos efetiva.

Nesse diapasão, sustenta Hoppe que a expansão da criminalidade de massa que poderia colapsar a justiça criminal “impunha a necessidade de uma simplificação de ritos, aceleração de processos e economia de custos”²⁰.

Diante desse quadro de crescente aumento de crimes praticados e conseqüente elevação no número de ações penais, da escassez de recursos humanos e materiais, acarretando uma sobrecarga imensa no poder judiciário, o consenso ganha corpo como uma política criminal de justiça consensual/negociada “essencialmente caracterizada pelo instituto da barganha, a antecipação da punição por meio de acordos entre acusação e defesa, o que caracteriza tendência internacional”²¹.

Dessa maneira, a intenção das soluções consensuais era, inicialmente, melhorar a eficiência processual do Estado nos conflitos penais. Contudo, no decorrer de sua evolução normativa, também passou a ter o intuito de mitigar os efeitos nocivos da pena e seus reflexos na ressocialização dos criminosos.

Isso ocorreu principalmente nos ordenamentos jurídicos que foram se distanciando do modelo norte-americano, já que neste a preocupação com os direitos fundamentais dos acusados é reduzida, objetivando-se o utilitarismo processual ao aplicar-se o *plea bargaining*

²⁰ HOPPE, Harold - **O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal**: perspectivas e possibilidades no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) [Em linha], 2018, p. 23. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/180890>.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Serra - **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 11-13.

ao maior número possível de casos para economizar tempo e recursos tendo a eficiência como principal objetivo, abandonando valores como a justiça da pena, precisão e a proporcionalidade das punições²².

Ademais, cumpre informar que, o consenso em processo penal tem raízes nos Estados Unidos, com destaque para o instituto do *plea bargaining*, que permite ao investigado, junto com seu advogado, negociar com o promotor de justiça a elaboração de um acordo com benefícios, desde que haja confissão, o que aumenta a celeridade na resolução do caso.

Já na Europa e nos Países Latino-Americanos, o consenso se desenvolve no final do século XX, tendo como base o aludido sistema norte-americano, cujo mote era assegurar processos penais e sentenças mais rápidas e efetivas, para que desse modo, pudesse atender aos anseios da sociedade por justiça.

Nessa linha de raciocínio, Hoppe sustenta que, desde meados da década de 80 do século XX, um número expressivo de países europeus e latino-americanos, incorporaram em seus procedimentos penais diversas formas de consenso, buscando acordos e evitando processos criminais, “dando início ao processo de expansão da justiça consensual para além dos países de origem anglo-saxônica²³”.

Conforme restou consignado, vários países têm adotado mecanismos consensuais no âmbito penal, mostrando-se, pois, uma tendência mundial a busca por uma justiça consensual, como pode ser observado nas linhas abaixo.

1.3. Justiça Consensual Penal no Cenário Internacional

A justiça consensual penal é hoje uma realidade em várias sociedades, como por exemplo, no ordenamento jurídico da Alemanha, da França, da Itália, dos Estados Unidos, de Portugal e do Brasil, dentre outros.

Trata-se, pois, de um movimento de incentivo a flexibilização de regras procedimentais e introdução de mecanismos de consenso no processo penal. A justiça consensual é consagrada nalguns instrumentos de direitos humanos, de que é exemplo, desde logo, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁴. De fato, este instrumento prevê a necessidade de que os Estados Estrangeiros busquem substituir o modelo penal de

²² SOUSA, Marllon - *Plea bargaining no Brasil*. Salvador: Juspodium, 2019, p. 108-109.

²³ HOPPE, Harold - **O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal**: perspectivas e possibilidades no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) [Em linha], 2018, p. 21-22. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/180890>.

²⁴ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - 1789, proclamada na França, de agosto de 1789.

resolução de conflitos de seus países, que seja baseado numa referência meramente punitiva, para uma solução mais construtiva e reparadora.

Nesse diapasão, num primeiro momento, o enfoque será sobre a justiça consensual penal nos Estados Unidos, país que utiliza do instituto da *plea bargaining* como fórmula de resolução de casos penais, servindo como referência para outras aplicações de justiça consensuada.

Posteriormente, procede-se à análise das peculiaridades gerais acerca dos modelos de justiça consensual penal no ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil.

1.3.1. O modelo Americano

O *plea bargaining* é uma das formas mais tradicionais de negociação de sentenças criminais do sistema americano. Pode-se observar que o estudo inicial sobre o tema não está dissociado da compreensão da terminologia, pois enquanto a palavra *plea* está associada à ideia de declaração de algo e ou confissão, o termo “*bargaining*” tem a sua etimologia vinculada a ideia de barganha. Assim, em termos concretos, o termo *plea bargaining* traduz-se em “confessar o crime para barganhar”.

Em resumida síntese, o instituto do *plea bargaining* compreende um acordo no qual o investigado confessa a prática de um crime em troca de benesses que poderão ser acordadas entre ele e o Promotor de Justiça, facilitando o trâmite processual e a celeridade de seu julgamento.

Assim, conforme preleciona Nogueira:

(...) esse sistema do *plea bargaining* resulta de fatores muito complexos profundamente enraizados na dinâmica social do povo americano e implica o predomínio sobre os demais, do princípio da oportunidade, conferindo-se uma extraordinária liberdade de negociação ao promotor público²⁵.

O *plea bargaining* quando aplicado no processo penal americano, pode culminar na confissão de culpa (*guilty plea*) do imputado ou de que este não pretende contestar a acusação (*nolo contendere*). Se assim se manifestar, o acusado renuncia ao direito constitucional de ser julgado por um júri imparcial.

Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), agenda-se uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado que avaliará se tal manifestação é consciente e voluntária.

²⁵ NOGUEIRA, Márcio Franklin - **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 71.

Por outro lado, se o imputado não confessa a culpa, mas renuncia ao direito de ser levado a julgamento perante o júri (*nolo contendere*), ele concorda com a imposição da pena e será igualmente sentenciado no âmbito criminal.

Dessa forma, através do *plea bargaining*, o Estado americano pode oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado, revelando, assim, um alto grau de discricionariedade do Ministério Público que pode reduzir a gravidade de uma acusação ou mesmo encerrar uma acusação anteriormente deduzida.

1.3.2. O modelo Português

No que se refere ao consenso em Portugal, este já se encontrava positivado no Código de Processo Penal Português desde 1987, com diversos institutos, como por exemplo, os instrumentos consensuais: arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280º do Código do Processo Penal Português - doravante CPP-P), suspensão provisória do processo (artigo 281º CPP-P). Note que tanto a suspensão provisória do processo como o arquivamento em caso de dispensa de pena podem ocorrer também na fase de instrução que tem como responsável o juiz de instrução (cfr. Art. 280º, nº2 e 307º) e processo sumaríssimo (artigos 392º e seguintes CPP-P). Encontra-se, ainda soluções híbridas (de consensualização e celeridade) nas situações de confissão pelo arguido (artigo 344º CPP-P) e de (não) intervenção de tribunal coletivo (artigo 16º nºs 3 e 4 CPP-P).

Assim, o fomento a soluções consensuais na justiça criminal portuguesa já era uma realidade desde outrora, conforme indica a recomendação nº R (87) 18²⁶ do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, que versa sobre a “simplificação da Justiça Criminal”, recomendando aos Governos dos Estados-Membros que incentivem experiências de mediação, a nível nacional ou local, entre o ofensor e a vítima. Os países integrantes do Conselho, nos anos que se seguiram e cada qual a sua maneira, adotaram a sugestão, como foi o caso de Portugal que normatizou em seu Código de Processo Penal institutos de consenso, tendo como ator central (mas não o único), O Ministério Público, conforme restará demonstrado no Capítulo 2.

²⁶ Importa lembrar que, o Conselho da Europa, é o organismo em que se encontra a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Documento disponível em: <https://rm.coe.int/16804e19f8>.

Merece menção a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 45/110, de 14 de Dezembro de 1990 intitulada Regras de Tóquio²⁷, que no parágrafo 1.5 recomenda aos Estados-Membros o desenvolvimento em seus sistemas jurídicos de medidas não privativas de liberdade e a adoção de outras opções que reduzam o encarceramento e que sejam adotadas políticas de justiça criminal que observem os direitos humanos e as necessidades de reabilitação dos infratores, bem como no (item 2.5) que se evite ao máximo recorrer aos procedimentos ou julgamentos formais em um tribunal, incentivando, assim, a adoção de medidas de consenso na política criminal de seus Estados-Membros.

Ademais, vale ressaltar que a lei nº 21/2007²⁸, de 12 de junho, instituiu o Regime de Mediação Penal em Portugal, o qual é aplicável a crimes cujo processo de julgamento dependam de queixa ou de acusação particular. Algo muito interessante nesse instrumento de consenso é a atuação da figura do mediador²⁹. Desse modo, o acordo não é realizado pelo Ministério Público, podendo o seu conteúdo ser fixado livremente pelos sujeitos processuais participantes, consoante determina o art. 6º, nº 1 daquela lei. Há que notar que a mediação penal, em Portugal, ocorrerá sempre dentro do processo, nunca podendo ser prévia àquele – o que ocorre noutros tipos de mediação com o a familiar -, por via do princípio da oficiosidade e da legalidade que caracterizam a intervenção do Ministério Público e à prescrição constitucional de que a aplicação da lei penal cabe, apenas, aos tribunais.

Além disso, podem ser chamados a intervir na mediação terceiros interessados, especialmente, eventuais responsáveis civis e lesados nos termos do art. 4º, nº 3 da Lei da mediação penal.

No que diz respeito ao consenso dentro do ordenamento criminal português, cinco institutos, em especial, o arquivamento em caso de dispensa da pena; a suspensão provisória do processo e seus regimes especiais, bem como a colaboração processual ou arrependimento na lei da droga; a dispensa de pena e arquivamento em caso de dispensa de pena nos crimes fiscais e a mediação penal de adultos serão mais aprofundadamente trabalhados no Capítulo 3.

²⁷ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 45/110, de 14 de dezembro de 1990 – Regras de Tóquio. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>

²⁸ Lei nº 21/2007, de 12 de junho - Cria um regime de mediação penal em Portugal.

²⁹ Dispõe o art. 4º, nº 1, da Lei nº 21/2007 que: “1 - A mediação é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”.

1.3.3. O modelo Brasileiro

No Brasil, o consenso ganhou força especialmente, a contar da promulgação da Constituição Federal/88³⁰ (CF/88), que positivou em seu art. 98, I³¹, a obrigatoriedade de criação de juizados especiais. Tais juizados cuidariam de crimes de menor potencial ofensivo e possibilitariam a transação penal, entregando, assim, para a sociedade procedimentos mais eficientes, pautados na oralidade e informalidade, com o intuito de promover mais rapidez e economia processual.

Segundo o disposto no Texto Constitucional Brasileiro, os juizados especiais atuariam na esfera cível e também criminal, sendo competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, bem como teria competência para a instrução e julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo.

Porém, a efetiva criação desses juizados só ocorreu depois da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95 que tratou efetivamente da instituição dos juizados especiais estaduais cíveis e criminais.

De início, a supracitada legislação elencava como sendo de menor potencial ofensivo as contravenções e os delitos cuja pena máxima fosse de até 1 (um) ano. Após a vigência da Lei 10.259/01 (art. 98, § 1º da CF/88³²), que instituiu os juizados especiais federais, a definição de crimes de menor potencial ofensivo foi ampliada, passando a incluir delitos cujas penas máximas fossem de até 2 (dois) anos, aumentando-se, assim, o rol de crimes que seriam de sua competência, conseqüentemente, alcançados pelos institutos consensuais existentes na referida lei, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Em 2013, o Brasil adotou outro instrumento de consenso em sua política criminal. Trata-se do instituto da “colaboração premiada”, previsto na Lei nº 12.850/13, que trata dos crimes praticados por organizações criminosas.

Esse instituto possibilita acordos consensuais entre o Ministério Público (MP) e os acusados para auxiliar na elucidação dos delitos praticados por organizações criminosas,

³⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

³¹ De acordo com o Art. 98, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). 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.

³² Conforme dispõe o texto constitucional brasileiro, em seu art. 98, § 1º: Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

facilitando, assim, a colheita de provas que possam contribuir com as investigações do órgão de acusação³³.

Outrossim, mais recentemente, no final de 2019, o Ordenamento Jurídico Brasileiro acolheu um novo instituto de consenso na esfera criminal, o chamado “acordo de não persecução penal”, disciplinado pela Lei nº 13.964/19, incluída no chamado “pacote anticrime”, apresentado pelo Ministério da Justiça ao Parlamento Brasileiro.

Cumprе ressaltar que; a figura do acordo de não persecução penal já existia como instituto no cenário brasileiro. Todavia, tratava-se de um ato administrativo editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) através da Resolução nº 181/2017³⁴. Obviamente que por não ter sido instituído por uma lei, sua aplicação, gerava muitos debates e discussões. Nomeadamente, questionava-se o fato de que, uma medida administrativa não poderia tratar de direitos e garantias constitucionalmente assegurados, sob pena de ferir princípios constitucionais consagrados como o princípio da legalidade³⁵ e do devido processo legal³⁶. Assim, a regulamentação do instituto pela via legislação fazia-se necessária.

Observa-se que, também no Brasil ocorreu todo um movimento para a inserção de modelos de justiça criminal, fundados na ideia de consenso. Tal tendência, segundo as palavras de Ada Pellegrini, caracteriza-se por utilizar “a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses³⁷”.

Ademais, percebe-se que essa abertura para novas perspectivas de prestação jurisdicional por parte do legislador brasileiro se materializa através de diferentes institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, reforçando a opção por um modelo consensual de justiça criminal.

Nota-se que o processo de acolhida dessa nova política voltada para o consenso entre as partes teve início na esfera cível e, somente, depois, aplicou-se à área criminal, desburocratizando-se procedimentos, dando uma resposta à sociedade acerca dos fatos

³³ Nos termos do art. 3º-A, da Lei nº 12.850/2013: O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

³⁴ Resolução nº 181 de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>.

³⁵ O princípio de legalidade encontra-se explícito no Texto Constitucional Brasileiro, em seu art. 5º, II, que assim dispõe: II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

³⁶ O art. 5º, LIV, da Carta Magna do Brasil explicita o princípio do devido processo legal, nos seguintes termos: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini - Conciliação e juizados de pequenas causas. In: **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 177-178.

criminosos praticados de forma mais rápida e promovendo reparação de prejuízos às vítimas via a composição civil dos danos.

1.4. Dos Princípios Constitucionais e Processuais em Portugal e no Brasil Aplicáveis aos Acordos e Consensos Penais

Há intenso debate na doutrina brasileira sobre a aplicação do consenso e sua adequação aos princípios constitucionais e processuais, até porque, a experiência ao longo da história assegurou ao indivíduo um conjunto de direitos e garantias materiais e processuais invioláveis. Assim, mostra-se importante à existência de um sistema consensual adequado a esses valores e preceitos valorativos das normas constitucionais e processuais penais.

A grande crítica direcionada aos mecanismos de consenso na área criminal diz respeito ao desafio em compatibilizar o consenso com os direitos e garantias fundamentais. Nas palavras de Rosimeire Leite, “(...) no cerne da questão está a necessidade de que o processo se adapte a um ambiente social mais complexo, sem deixar, porém, de preservar o núcleo de valores essenciais para a concretização de suas finalidades³⁸”.

Seguindo essa linha de raciocínio, pretende-se demonstrar adiante a adequação existente entre alguns princípios constitucionais e processuais penais e a perspectiva da ideia de consenso presente nos instrumentos penais de justiça consensual nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil.

Importa, antes, porém, trabalhar a construção dos princípios dentro de um ordenamento jurídico. Etimologicamente³⁹, princípio possui significados relacionados ao começo, origem ou primeiro impulso dado a uma coisa; preceito, lei, regra, norma moral. Ou ainda, “conjunto de proposições fundamentais e diretivas que servem de base e das quais todo o desenvolvimento posterior deve ser subordinado⁴⁰”.

No sentido jurídico, ainda que abarque também tais noções, princípios são alicerces da norma, são o fundamento em sua essência, ou seja, o refúgio em que a norma encontra sustentação e base para existir. Segundo Guilherme de Souza Nucci, o conceito de princípio

³⁸ LEITE, Rosimeire Ventura - **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 6.

³⁹ *Princípio* in: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - Dicionário Aurélio de Português Online. [Em linha]. 2021. [Consult. 14 Set. 2021]. Disponível em <https://www.dicio.com.br/aurelio-2>

⁴⁰ *Princípio* in: *Michaeles* Dicionário da Língua Portuguesa [Em linha]. São Paulo: Editora Melhoramentos. [Consult. 10 Set. 2021]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/princ%C3%ADpio/>

“indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e explicação do direito positivo⁴¹”.

Assim, todos os ramos do direito possuem princípios próprios e princípios que se encontram na Constituição. A respeito dos constitucionais, leciona Canotilho que “consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional⁴²”.

Os princípios próprios de cada ramo do direito identificam uma opção político jurídica do legislador e se submetem ao crivo do conteúdo dos princípios constitucionais, ou seja, devem estar de acordo com os valores expressos na Constituição de cada ordenamento.

De regra, cometida uma infração penal; nasce para o Estado o direito de punir o infrator. Trata-se da chamada “pretensão punitiva” que deve ocorrer com base num conjunto de regras previamente estabelecidas, regras essas cujo fundamento encontra-se nos princípios informativos adotados por cada Nação.

Nas Constituições de Portugal e do Brasil existem um número significativo de normas e princípios que incidem expressamente sobre matéria penal e processual penal, orientando a aplicação da lei no caso concreto. Nesse sentido, optou-se por selecionar alguns princípios constitucionais e processuais desses ordenamentos jurídicos, demonstrado como o sistema consensual encontra-se adequado a seus valores e preceitos valorativos impressos nas normas constitucionais e processuais penais.

1.4.1 Princípio da Legalidade no Ordenamento Jurídico de Portugal e do Brasil

Em Portugal, o princípio da legalidade criminal logra consagração explícita no texto constitucional⁴³, nos arts. 29.º e 165.º, n.º 1, alínea c), bem como no art. 1.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Código Penal Português (CP-P)⁴⁴.

Já no Brasil, tal princípio resta consagrado explicitamente no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal⁴⁵ e de igual modo no art. 1º do Código Penal Brasileiro (CP-B)⁴⁶.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza - **Código Penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 171.

⁴³ Constituição da República Portuguesa, promulgada em 02 de abril de 1976

⁴⁴ Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro – Aprova o Código Penal Português. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

⁴⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

⁴⁶ Decreto Lei nº 2.848/40 – Institui o Código Penal Brasileiro.

Em ambos os países, o sentido do princípio é o mesmo, qual seja, o de que só pode ser considerado crime; aquilo que a lei penal, emanada do poder legislativo, respeitando o processo previsto na Constituição, assim o definir. Dessa forma, a lei é a única fonte do Direito Penal capaz de proibir uma conduta e propor uma sanção para tal infração. Nas palavras do brasileiro Rogério Greco, “(...) por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, (...) sob a ameaça de sanção⁴⁷”.

Nessa linha de raciocínio, a legalidade deve ser a base sobre a qual se deve alicerçar o consenso. Significa dizer que; somente a lei em sentido estrito ou o texto constitucional deve autorizar os mecanismos de consenso dentro do processo penal. Além dessa legalidade formal, é necessário também haver uma legalidade material no que se refere ao conteúdo da lei que institui e/ou regulamenta os diferentes institutos de justiça consensual.

Quer dizer, o texto legal desses institutos deve estar em perfeita comunhão com os direitos e garantias fundamentais assentados no ordenamento jurídico de cada Estado. Do contrário, faltar-lhe-ia pressuposto constitucional de validade. O que não se evidencia nos instrumentos de consenso analisados no presente trabalho.

Nota-se que, tanto em Portugal quanto no Brasil, os mecanismos de consenso existentes; no ordenamento jurídico de cada país e que serão abordados nessa pesquisa, respeitam o princípio da legalidade.

Ademais, importa registrar que, a legalidade é o fundamento do Estado de Direito Democrático em Portugal e do Estado Democrático de Direito no Brasil. Portanto, conforme entendimento da jurisprudência portuguesa:

(...) Não se trata, pois, apenas de um qualquer princípio constitucional, mas de uma «garantia dos cidadãos», uma garantia que a nossa Constituição (...) explicitamente incluiu no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, relevando, assim, toda a carga axiológico-normativa que lhe está subjacente⁴⁸.

Logo, o princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação do poder punitivo estatal. Nessa esteira de raciocínio, a legalidade preserva a liberdade e a dignidade do homem; e impede o uso arbitrário do poder pelo Estado, protegendo-o em face do abuso do exercício da persecução penal.

Partindo desse pressuposto, é mister destacar que os sistemas consensuais português e brasileiro seguem regras pautadas na legalidade, já que, uma análise dos institutos de

⁴⁷ GRECO, Rogério - **Curso de direito penal**: parte geral. Volume I: 18ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 145.

⁴⁸ ACÓRDÃO n.º 183/2008: Processo n.º 1155/2007, do Tribunal Constitucional – [em linha]. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Data do Acórdão: 12/0/3/2008. [consult. 15. Set. 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/249858/details/maximized>.

consenso, selecionados por essa pesquisa, dos dois ordenamentos, leva-se à constatação da existência de claras restrições legais para a aplicação de seus instrumentos.

Todavia, o princípio da legalidade em Portugal se divide em duas vertentes: legalidade penal, explicitada nas linhas acima; e a legalidade da iniciativa, relativa à promoção processual penal. Ou seja, significa que o Ministério Público (MP), para além de deter (em regra) o monopólio de abertura do processo penal (princípio da oficialidade), está vinculado a agir processualmente sempre que adquire notícia de um crime. Isto é, o MP sempre que adquire conhecimento da prática de um crime (por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia) é obrigado, em regra, a proceder à abertura de inquérito, como decorre dos arts. 219.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP⁴⁹) e 262.º, n.º 2 do Código de Processo Penal Português (CPP-P⁵⁰), sendo de rejeitar juízos de oportunidade ou conveniência neste domínio.

Assim, cabe ao MP a obrigatoriedade do impulso processual na promoção do processo penal, sendo certo que esse impulso é um ato vinculado por lei, conforme expresso nos arts. 53º, 262º, nº 2 e 283º do CPP-P.

1.4.2. Princípio da Legalidade/Oficialidade em Portugal e Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal no Brasil versus Princípio da Oportunidade

Conforme narrativa acima, em Portugal, no que concerne à promoção processual penal, vigora o **Princípio da Legalidade/Oficialidade**, conforme orienta o art. 219º, nº 1 da CRP e o art. 48º, do CPP-P. Tal princípio tem relação direta com a persecução criminal, ou seja, o poder/dever de o Estado, através do MP, órgão independente e autónomo que, diante da presença de requisitos autorizadores da persecução penal, tem a obrigação de promovê-la, não se admitindo exercer juízo de conveniência quanto ao seu início.

Percebe-se, assim, pela atuação do MP, que a persecução penal é de ordem pública e visa proteger os direitos fundamentais da comunidade. Daí a necessidade de esclarecer eventual crime e punir o criminoso, dentro dos ditames legais constitucionais, não se admitindo, em regra, que particulares tenham a iniciativa de promover o processo penal.

Cumprе ressaltar que, no sistema criminal português, os crimes podem ser de **Natureza Pública**, aquele no qual o Ministério Público encontra-se legitimado e é obrigado a promover a acção penal logo que adquira a notícia do fato e independentemente da forma

⁴⁹ Constituição da República Portuguesa, promulgada em 02 de abril de 1976.

⁵⁰ Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro – Aprova o Código de Processo Penal Português. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-70196123>.

como essa notícia lhe chega (arts. 48º e 241º, CPP-P), de **Natureza Particular**, aquele em que o Ministério Público apenas fica legitimado para a prossecução penal desde eu o titular do direito de queixa a apresente e se constitua assistente que, findo o inquérito, também acusará (art. 50º, CPP-P) ou de **Natureza Semi-Pública**, aquele que depende de queixa do titular do direito (art. 49º, CPP-P). Observe-se que, em Portugal, a referência para propositura da persecução penal é a natureza do delito.

Conforme narrativa pretérita, em regra, cabe ao MP a iniciativa e prosseguimento da Ação Penal, com base no **Princípio da Legalidade/Oficialidade**. Todavia, tal princípio sofre um “desvio” quando se trata dos crimes semi-públicos, para cujo andamento processual dependem de queixa do ofendido e dos crimes particulares, que dependem de queixa e de constituição de assistente.

Tratando do tema, Ana Luísa Pinto leciona que estas especificidades processuais configuram um “desvio” ao princípio, justamente porque a “resolução do processo pelas instâncias formais de controle é condicionada pela manifestação de vontade de um particular⁵¹”. Porém, a autora esclarece que, tais hipóteses **não constituem exemplos típicos do Princípio da Oportunidade**, já que a margem de liberdade de decisões pertence ao ofendido e não ao MP.

Segundo o doutrinador Português Jorge de Figueiredo Dias, essa distinção da persecução criminal dos crimes semi-públicos e particulares em relação aos crimes públicos existe porque, “certas infracções (...) não se relacionam com bens jurídicos fundamentais da comunidade de modo tão directo e imediato que aquela sinta, em todas as circunstâncias da lesão (...) necessidade de reagir automaticamente contra o infractor⁵²”.

Nessa perspectiva, os crimes públicos ofendem mais fortemente os valores da sociedade, ferindo bens jurídicos fundamentais, razão pela qual sua persecução deve ocorrer por um órgão do Estado. Lado outro, os crimes semi-públicos e particulares maculam as crenças, valores e princípios do ofendido, cabendo a ele decidir pela abertura de processo penal ou não.

Em Portugal, quanto ao **Princípio da Oportunidade**, a CRP não o contempla de forma expressa. Nesse sentido, leciona Manuel Guedes Valente,

A nossa Constituição não legitima a consagração de um modelo de oportunidade puro, a mais que a nossa tradição jurídica processual penal também não o

⁵¹ PINTO, Ana Luísa - **A celeridade no processo penal**: o direito à decisão em prazo razoável. Lisboa: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789723216042. p. 117.

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito processual penal**. Primeiro volume. Lisboa: Coimbra Editora. 1974, p. 121.

proporcionou, nem esta permite que a pena assente em uma dialéctica de “negócio”, mas sim em uma “realidade material dirimida”: facto(s), autor(es), culpa⁵³.

Significa dizer que as soluções caracterizadas pela oportunidade são uma exceção no sistema jurídico português. No entanto, a doutrina lusitana afirma que não existe confronto entre o princípio da legalidade e o princípio da oportunidade, “na medida em que um se dirige à forma e conteúdo das normas jurídicas [legalidade], ao passo que o outro se encontra primordialmente centrado no momento em que o intérprete vai ter de decidir qual delas escolhe aplicar ao caso concreto [oportunidade]⁵⁴”.

Nesse contexto, o Princípio da Oportunidade traduz-se na possibilidade de conceder ao MP outras alternativas além da dedução de acusação contra o arguido, permitindo a abertura para soluções de oportunidades consensuais. Nas palavras de António Marcos Calado, “em suma, a oportunidade é evidenciada como a faculdade concedida legalmente de possibilitar um espaço de escolha por parte do intérprete⁵⁵”.

Dessa forma, cabe ao MP, enquanto “intérprete” da lei penal, dentro das possibilidades legais autorizadas das soluções de oportunidades, decidir pela abertura de inquérito ou sobre a dedução da acusação no caso concreto. Nesse viés, “o princípio da oportunidade surge como uma liberdade de apreciação do MP relativamente ao se da decisão de investigar ou de acusar apesar de estarem reunidos os pressupostos legais (gerais) dos ditos deveres⁵⁶”.

Assim, em Portugal, a opção do órgão acusador pela adoção de instrumentos de consensos autorizados em lei, constituem “desvios ao princípio da legalidade”, tendo em vista que, apesar de o MP ter recolhido indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, opta por não deduzir acusação e sim pela aplicação de “mecanismos processuais surgidos sob o signo do princípio da oportunidade⁵⁷”.

No Brasil, a exemplo de Portugal, a persecução criminal é matéria de ordem pública, cabendo ao Estado e aos seus órgãos oficiais, não permitindo um juízo de conveniência e oportunidade quando se tratar da elucidação de um crime e sua efetiva punição, conforme

⁵³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Processo Penal**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004, p. 201-202.

⁵⁴ CALADO, António Marcos Ferreira - **Legalidade e Oportunidade na investigação criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 46.

⁵⁵ *Idem.*, *Ibidem*.

⁵⁶ CAEIRO, Pedro – **Legalidade e oportunidade**: a persecução penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. In: RMP, nº 84. Lisboa, 2000, p. 2. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2002_Legalidade_oportunidade.pdf.

⁵⁷ CAEIRO, Pedro. *Ob. Cit.*, p. 8.

disposto no art. 129, da Constituição Federal e no art. 24, do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP-B⁵⁸) e também no art. 100, §1º, do Código Penal Brasileiro (CP-B).

Em relação à sistemática penal do Brasil, as ações penais condenatórias têm por referência a titularidade do direito de ação, ou seja, determinado fato criminoso será analisado pelo poder judiciário competente através da propositura de determinada ação penal, dependendo do titular do direito em relação àquela ação/processo penal.

Nesse aspecto, no caso brasileiro, a ação penal subdivide-se em Ação Penal Pública e Ação Penal Privada (art. 100, *caput*, CP-B, c/c arts. 24 e 30, CPP-B).

A ação penal pública, cujo titular é o Ministério Público, divide-se em duas: **Ação Penal Pública Incondicionada**, aquela em que o órgão do Ministério Público tem o dever de ofício de agir, sem necessidade de representação ou requisição (art. 257, I, CPP-B); e **Ação Penal Pública Condicionada à Representação**, aquela em o Ministério Público atua após representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça (art. 100, §1º, CP-B, c/c art. 24, CPP-B).

Ao passo que a Ação Penal Privada, de titularidade do ofendido ou do seu representante legal (art. 100, § 2º, CP-B, c/c art. 30, CPP-B), divide-se em: Ação Penal Privada Principal ou Exclusiva; Ação Penal Privada Subsidiária da Pública e Ação Penal Privada Personalíssima.

A **Ação Penal Privada Principal/Exclusiva** é aquela de titularidade da vítima ou de seu representante legal que pode exercê-la diretamente, podendo ser requisitada, no caso de morte do ofendido, pelo cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos (art.100, §§2º e 4º, CP-B, c/c arts. 30 e 31, CPP-B).

Já a **Ação Penal Privada Subsidiária da Pública** é aquela em que, caso o Ministério Público fique inerte, deixando de atuar nos prazos legais, poderá o ofendido apresentar queixa, fazendo com que o Ministério Público possa atuar, saindo de sua inércia. (art. 100, § 3º, CP-B, c/c art. 29, CPP-B).

Ao passo que, a **Ação Penal Privada Personalíssima** é aquela em que somente a própria vítima possui titularidade para sua propositura. Não cabe representação legal do ofendido e nem o direito de representação passa para o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Diferentemente de Portugal, o princípio que rege a atividade persecutória processual penal no ordenamento jurídico brasileiro é o **Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal**.

⁵⁸ Decreto Lei nº 3.689/41 – Institui o Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

O conteúdo do referido princípio informa que diante de indícios de materialidade e de autoria criminal, o Ministério Público possui o dever legal de propor a ação penal pública.

Observe-se que, embora as terminologias dos princípios que regem a persecução penal em Portugal e no Brasil sejam diferentes, o conteúdo informativo dos princípios é o mesmo.

Já em relação à Ação Penal Privada vigora o **Princípio da Oportunidade**, que confere ao titular da ação a faculdade de sua propositura. Segundo ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, nos crimes de ação penal privada, o que vigora é o Princípio da Oportunidade, pois cabe à vítima ou ao seu representante escolher entre dar início à persecução criminal ou não⁵⁹.

Ainda em relação à sistemática processual penal no Brasil, faz-se necessário esclarecer que, segundo a doutrina, em se tratando das infrações de menor potencial ofensivo julgados pelos Juizados Especiais Criminais, nos termos da Lei 9.099/95, o princípio informativo da persecução penal é o **Princípio da Obrigatoriedade Limitada /Mitigada ou Discricionariedade Regrada**. Nesse sentido, esclarece Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, que o objetivo da ‘Lei dos Juizados’ foi “mitigar a sanha penalizadora do Estado, instituindo uma contemporização ao princípio da obrigatoriedade⁶⁰”.

Segundo os autores, com base no art. 76 da referida lei, o legislador possibilitou a oferta de transação penal, ou seja, “a submissão do suposto autor da infração a uma medida alternativa, não privativa de liberdade, em troca do não início do processo⁶¹”. Assim, mesmo diante dos permissivos legais autorizando a denúncia do infrator, caberia a oferta de transação penal e o não oferecimento da denúncia.

1.4.3. Princípio da Celeridade ou da Razoável Duração do Processo

Em Portugal, a celeridade do processo é tratada no art. 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa que assegura que todos têm direito a uma decisão em prazo razoável. Ademais disso, ainda no texto constitucional português⁶², no art. 32º, nº 2, o legislador constituinte informa que o arguido deve ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

Também nos diplomas internacionais, encontram-se dispositivos que defendem a celeridade e a duração razoável do processo, como por exemplo, no Pacto Internacional sobre

⁵⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - **Curso de direito processual penal**.10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm.2015, p. 59.

⁶⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - *Ob. Cit.*, p. 59.

⁶¹ *Idem – ibidem*.

⁶² Constituição da República Portuguesa, promulgada em 02 de abril de 1976.

os Direitos Civis e Políticos⁶³ (art. 9.º, n.º 3) na Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁶⁴ (art. 5º nº 4) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁵ que, em seu art. 47º assegura que toda pessoa tem direito de ter sua causa julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei.

Percebe-se que o desejo de uma decisão jurisdicional num curto e razoável espaço de tempo na solução dos litígios apresentados pelo cidadão, é um alvo perseguido pela comunidade jurídica nacional e internacional.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio da Celeridade e da Razoável Duração do Processo encontra-se consagrado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição e assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Também na legislação internacional, em destaque na Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁶, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, em seu art. 7º, Itens 4, 5 e 6 e no art. 8º, Item 1, encontram-se dispositivos apontando para a necessidade de celeridade processual no trato das questões penais relacionadas à liberdade do indivíduo. Também ali, já havia menção à necessidade de agilidade nos julgamentos criminais, evidenciando que, também os tratados internacionais consagram o Princípio da Celeridade processual.

A referência ao Princípio da Celeridade diz respeito à necessidade de rapidez e agilidade do processo, com o fim de buscar a prestação jurisdicional no menor tempo possível. O direito à celeridade e duração razoável do processo prestigia tanto o acusado quanto a vítima, já que processos em demasia longos acaba por se tornar guarida de diversas injustiças, tais como estigmas permanentes na vida de pessoas inocentes e descrédito da sociedade para com o sistema judiciário.

Nessa linha de pensamento, Marllon Souza defende a necessidade da quebra de barreiras burocráticas atuais para introduzir mecanismos de resolução rápida dos casos, de

⁶³ Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966.

⁶⁴ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do Conselho da Europa, proclamada em Roma, em 04 de novembro de 1950.

⁶⁵ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada solenemente pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000.

⁶⁶ Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

modo que todos os responsáveis por cometimento de crimes respondam por seus atos, na maior brevidade possível⁶⁷.

Certamente que as soluções consensuais existentes nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil faz parte desse esforço e desejo de entregar uma resposta jurisdicional com notória brevidade e qualidade. Até porque, os instrumentos de consenso evitam que o processo criminal chegue à fase de julgamento, contribuindo, assim, para a celeridade processual.

⁶⁷ SOUSA, Marllon - *Plea bargaining no Brasil*. Salvador: Juspodium, 2019, p. 113.

Capítulo 2: MECANISMOS DE CONSENSO EM PORTUGAL E NO BRASIL

Pode-se afirmar que; as ideias de consenso e celeridade processual tem assumido papel relevante na política criminal de Portugal e do Brasil.

Nesse sentido, as soluções de justiça consensual penal têm ganhado destaque nesses países, fazendo-se necessário, para os objetivos do presente trabalho, analisar alguns mecanismos de consenso em Portugal e no Brasil.

2.1. Mecanismos Atuais de Consenso Penal em Portugal

Segundo a doutrina lusitana, um dos eixos do sistema processual penal português encontra-se no reconhecimento da distinção entre a grave e a pequena e média criminalidade, sendo que, para essa última, o código acolheu os princípios da oportunidade, da informalidade, do consenso e da celeridade⁶⁸.

De acordo com as lições de Zuleica Cruz, a justiça consensual propicia cumprir as funções de realização da justiça, resguardando os bens jurídicos protegidos pelo direito penal, porém, sem estigmatizar o arguido em relação ao julgamento e penalização⁶⁹.

Além disso, na aplicação das hipóteses de consenso penal, há um aspecto de ressocialização dos criminosos não habituais que praticaram condutas que causam menos prejuízos aos bens jurídicos tutelados.

Assim, o curso do processo penal é interrompido, evitando a estigmatização do investigado, muitas vezes apontado como culpado de um crime, ainda que declarado inocente ao final do processo, justamente porque, “com o passar do tempo vai-se apagando as provas e esquecendo as memórias, o que põe em causa a defesa do arguido”⁷⁰.

Dessa forma, a celeridade propiciada pelos mecanismos da justiça consensual traz ganhos em matéria de economia processual e eficiência do sistema, “pois quanto maior for a possibilidade de resolver o processo sem que haja julgamento e, se possível, sem que haja

⁶⁸ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno - Sistemas processuais do Brasil e de Portugal – estudo comparado. In: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3668-8. p. 19.

⁶⁹ CRUZ, Zuleica Soraia Gomes da - **A celeridade no processo penal sob perspectiva de Portugal e Cabo Verde**. Dissertação (Mestrado em Direito). [Em linha], 2017, p. 129. [Consult. 15 Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/33969>.

⁷⁰ CRUZ, Zuleica Soraia Gomes da - *Ob.Cit.*, p.58.

instrução maior⁷¹”, melhor é a chance de que ocorra o desfecho do processo penal realizando suas finalidades de forma mais rápida e menos onerosa para o Estado.

Até porque, eventual morosidade processual não atinge apenas o acusado, mas também toda a sociedade, que acaba deixando de acreditar na eficiência do judiciário, tendo em vista que passa a não ter certeza de que os inocentes serão absolvidos e os criminosos serão punidos, o que gera um quadro de impunidade e anomia jurídica.

Importa esclarecer que a anomia se refere à inexistência de normas e regras em sociedade, resultando em uma desconsideração do controle necessário ao estado social, conceito bem desenvolvido pelo sociólogo francês Émile Durkheim.

Rogério Greco concretiza o conceito jurídico de anomia referindo-se à situação em que, embora existindo normas e regras, “a sociedade não lhes dá o devido valor, continuando a praticar as condutas por elas proibidas como se tais normas não existissem, pois confiam na impunidade”⁷².

Obviamente que a certeza da impunidade produz efeitos nefastos para um sistema criminal, pois implica o total descrédito para com a justiça. Assim, nesse diapasão, uma maneira encontrada pelo legislador português para mitigar os efeitos da morosidade nas decisões penais, foi a introdução de mecanismos de consenso no ordenamento jurídico português, buscando dar uma solução em prazo razoável na busca por uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Assim, na pequena e média criminalidade, a lei portuguesa admite “desvios de oportunidade àquele princípio da legalidade/oficialidade, introduzindo soluções ditas de consenso⁷³”, como por exemplo, o arquivamento em caso de dispensa da pena; a suspensão provisória do processo e seus regimes especiais; bem como a colaboração processual ou arrependimento na lei da droga; a dispensa de pena e arquivamento em caso de dispensa de pena nos crimes fiscais e a mediação penal de adultos.

⁷¹ *Idem. Ob.Cit.*, p.129.

⁷² GRECO, Rogério - **Curso de direito penal**: parte geral. Volume I: 18ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 106. Já Cesare Beccaria havia alertado para o efeito nefasto da impunidade como motivação para a prevaricação por parte da comunidade.

⁷³ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno - Sistemas processuais do Brasil e de Portugal – estudo comparado. In: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de (org.). *Ob. Cit.*, p. 22.

2.1.1. Arquivamento em Caso de Dispensa de Pena

Como um dos mecanismos de consenso autorizados pelo legislador lusitano, o Arquivamento em Caso de Dispensa de Pena foi instituído pelo Decreto/Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro que instituiu o Código de Processo Penal Português em seu art. 280º, tendo sido, posteriormente, modificado pelo decreto/Lei nº 317/95, de 28 de novembro.

Na redação original do Código de Processo Penal⁷⁴, portanto, anterior às alterações trazidas pelo supracitado Decreto-Lei nº 317/95, era possível a aplicação do instituto tanto para caso de dispensa de pena quanto para isenção de pena. Todavia, com a modificação legislativa ocorrida em 1995, passou-se a aplicá-lo apenas nos casos de dispensa de pena.

Nesse instituto consensual, o processo pode ser arquivado quando a lei penal assim o preveja expressamente, como é o caso das agressões simples em que apenas haja retorsão ou existem agressões recíprocas e o tribunal não tenha sido capaz de determinar qual dos contendores agrediu primeiro (cfr. Art. 143.º, n.º 3 do Código Penal).

Ainda, pode ocorrer a dispensa da pena, nos termos do art. 74, nº 1, do Código Penal Lusitano. Os requisitos dessa dispensa de pena, nos termos do art. 74.º do CP-P são:

- a) ser o crime punível com pena não superior a seis meses ou só com multa não superior a 120 dias;
- b) quando a ilicitude do fato e a culpa do agente forem diminutas;
- c) o dano tiver sido reparado;
- e) não se opuserem razões de prevenção.

Importa destacar que, conforme lição de Oliveira:

o arquivamento em caso de dispensa de pena é aplicado aos casos em que as exigências de prevenção especial não se fazem sentir em virtude de se tratar de um infrator ocasional e de a confiança da comunidade na validade e na vigência das normas penais se encontra suficientemente tutelada, dado o diminuto alarme social associado à infração⁷⁵.

⁷⁴ Assim dizia a redação original do Código de Processo Penal, em seu art. 280.º: **Arquivamento em caso de dispensa ou isenção da pena:**

1 - Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de **dispensa ou de isenção da pena**, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa ou isenção.

2 - Se a acusação tiver sido já deduzida, pode o juiz de instrução, enquanto está decorrer, arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e do arguido, se se verificarem os pressupostos da dispensa ou da isenção da pena.

3 - A decisão de arquivamento, em conformidade com o disposto nos números anteriores, não é susceptível de impugnação. (grifo nosso).

⁷⁵ OLIVEIRA, Ana Margarida Pratas Correia Shirley de - **O acordo no processo penal:** um caminho já iniciado em Portugal (Dissertação de mestrado). [Em linha], 2018, p. 15. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/37253>.

Percebe-se, portanto, que o código criminal luso autoriza a dispensa na pena apenas nos crimes com mínima ofensividade, grau de reprovabilidade reduzido e ausência de periculosidade do agente.

Cumpridos esses requisitos que autorizam a dispensa da pena, pode o Ministério Público Português decidir pelo arquivamento do processo, caso ainda não haja deduzido a acusação mediante a concordância do juiz. No caso de já ter sido deduzida a acusação, o processo já não está na esfera do MP; pelo que a iniciativa cabe agora ao juiz de instrução criminal, com a concordância do Ministério Público e do arguido. Portanto, o arguido só se manifesta quando exista acusação em seu desfavor. Do contrário, somente se exigirá a concordância do magistrado judicial.

Para efetivar a sua anuência, o juiz deverá examinar se a decisão do Ministério Público (MP) cumpre os requisitos legais, isto é, se há existência dos pressupostos legais autorizadores no caso concreto. Consequentemente, o magistrado não pode se imiscuir no mérito do arquivamento, mas tão somente na verificação dos requisitos legais que permitem a concessão do benefício. Caso contrário, ferirá o sistema acusatório⁷⁶.

A esse respeito, importa destacar as ideias de Zuleica Cruz no sentido de esclarecer que, se ao juiz da instrução foi dado o poder de revogar a decisão de arquivamento por parte do MP, ordenando a acusação ou a realização de diligências, ele assumirá o papel de titular da ação penal, rompendo, assim, o equilíbrio do processo⁷⁷.

Ressalte-se o fato de que, nessa modalidade de consenso, o arquivamento do processo ocorre sem a exigência do cumprimento de obrigações por parte do acusado, possibilidade que, segundo a doutrina, recebe o nome de ‘oportunidade incondicionada’, já que “não se condiciona o arquivamento do processo ao cumprimento, por parte do arguido, de injunções ou regras de conduta⁷⁸”.

Em vista disso, somente se fala em anuência do investigado caso haja a dedução da acusação, já que, somente após esta, o arguido será de fato acusado de um crime. Nesse caso, o arquivamento do processo, pode suscitar sempre a existência de dúvidas sobre a inocência

⁷⁶ CRUZ, Zuleica Soraia Gomes da - **A celeridade no processo penal sob perspectiva de Portugal e Cabo Verde**. Dissertação (Mestrado em Direito). [Em linha], 2017, p. 134. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/33969>.

⁷⁷ *Idem. Ibidem.*

⁷⁸ CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro - **Os acordos sobre a sentença em processo penal**. Um novo consenso no direito processual penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2013, p. 20. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/35080/1/Os%20acordos%20sobre%20a%20sentença%20em%20processo%20penal%20um%20novo%20consenso%20no%20direito%20processual%20penal.pdf>.

do acusado, oportunizando a ele a possibilidade de ter sua inocência reconhecida em sentença
79.

Ressalta-se, ainda que, para que ocorra o arquivamento do processo em caso de dispensa de pena, faz-se necessário haver indícios de conduta criminosa do arguido. Do contrário, o arquivamento do processo deverá ocorrer por falta de justa causa e não pela aplicação do instituto em discussão.

Destaca-se, por fim, que a decisão de arquivamento é inimpugnável, de acordo com o disposto no art. 280º, nº 3, do CPP-P. No entanto, há situações de impugnabilidade pelo assistente através de intervenção hierárquica ou através de recurso do despacho do juiz que concordar com o arquivamento, quando os pressupostos não estejam reunidos. Veja-se a jurisprudência abaixo colacionada sobre o assunto:

1. A insusceptibilidade de impugnação, indicada no n.º 3 do art. 280 do CPP, refere-se às situações em que esteja em causa o juízo de oportunidade do arquivamento, esse sim insindicável por via de reclamação hierárquica ou por meio de recurso.
2. Quando o fundamento for o da violação da lei por falta de verificação dos pressupostos legais para a dispensa da pena (pressupostos materiais exigidos pela lei substantiva e pressupostos processuais estabelecidos nos n.ºs 1 e 2 do citado artigo 280.º), a decisão de arquivamento considerada ilegal é susceptível de impugnação através de reclamação hierárquica ou, em casos como os dos presentes autos, por meio de recurso⁸⁰.

Nesse mesmo sentido, encontra-se também o acórdão do Tribunal da Relação de Évora que entendeu que,

- I - A cláusula de inimpugnabilidade prevista pelo nº 3 do art. 280º do CPP não vincula o assistente, ficando em aberto para este sujeito processual a possibilidade de impugnar por via de recurso os despachos de concordância proferidos pelo Juiz de Instrução, nos casos regulados pelo nº 1 do referido artigo.
- II - Uma vez assegurada essa possibilidade, a defesa dos direitos do assistente contra um arquivamento com o qual não concorde mostra-se suficientemente acautelada, mesmo quando esteja em causa crime cujo procedimento dependa de acusação particular⁸¹.

⁷⁹ *Idem. Ibidem*

⁸⁰ Acórdão: Recurso Criminal nº 260/14. 0GDGBR.C1. Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [Em linha]. Relatora: Helena Bolieiro. Data do Acórdão: 10/01/2018. [Consult. 04. Dez. 2021]. Disponível em: <https://trc.pt/juiz-de-instrucao-arquivamento-dispensa-da-pena/>.

⁸¹ Acórdão: Processo nº 77/12.6GGSTC.E1. Tribunal da Relação de Évora – TER. [Em linha]. Relator: Sérgio Corvacho. Data do Acórdão: 15/10/2013. [Consult. 04. Dez. 2021]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/a181d7483dc2678c80257de10056fc7c?OpenDocument>

2.1.2. Suspensão Provisória do Processo

O instituto da Suspensão Provisória do Processo, encontra-se disciplinado nos art. 281º e 282º do Código de Processo Penal Português. Trata-se de um instrumento consensual que permite ao Ministério Público suspender o andamento do processo mediante a imposição de injunções e regras de conduta ao arguido, cumpridos determinados pressupostos legais, dentre eles, a concordância do juiz, do arguido e do assistente ou, no caso da violência doméstica, da vítima mesmo que não se tenha constituído assistente

Assim, de acordo com Fernando Fernandes; a suspensão provisória do processo se insere num programa político-criminal adotado pelo sistema processual penal lusitano, apresentando “soluções de diversão, desjudicialização, participação, oportunidade e consenso, relativamente a crimes de pequena gravidade”⁸². E, de igual modo, segundo o autor, “ao mesmo tempo que visa um quadro potenciador de desburocratização, simplificação, desformalização e celeridade da justiça penal⁸³”.

A Suspensão Provisória do Processo é um instituto voltado para a pequena e média criminalidade e, conforme entendimento de Marisa David, surgiu em resposta a uma ‘crise da justiça’, momento em que ocorreu um aumento significativo destas formas de criminalidade, “colocando em risco o funcionamento do sistema de justiça penal⁸⁴”.

O referido instituto pode ser aplicado a crimes punidos com pena de prisão não superior a cinco anos, ou a crimes com sanção diferente de prisão.

Ressalta-se que, em sua redação original (datada de 1987), o art. 281º previa a possibilidade de aplicação da suspensão para condutas cuja pena de prisão não ultrapassasse três anos. No entanto, após a alteração do Código de Processo Penal com a Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, passou-se a autorizar a aplicação do instituto para os crimes com pena de prisão não superior a cinco anos, ou a crimes com sanção diferente de prisão, ampliando, assim, seu âmbito de incidência.

Tal fato demonstra a intenção do legislador em incentivar a aplicação do consenso no ordenamento jurídico português, dando solução mais célere a crimes menos graves e possibilitando ao investigado sua ressocialização.

⁸² FERNANDES, Fernando - **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 496.

⁸³ *Idem, ibidem*.

⁸⁴ DAVID, Marisa Nunes Ferreira - **O regime legal da suspensão provisória do processo**. Dissertação (Mestrado em Direito). [Em linha], 2016, p.11-12. [Consult. 04. Dez. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/42070>.

Ressalte-se que, também a Procuradoria-Geral da República tem promovido incentivo à adoção de instrumentos de consenso, consoante inteligência das Diretivas nº 1/2014 e nº 1/2015, por aquela, expedidas, e que faz orientações no sentido de que “os magistrados do Ministério Público devem optar, no tratamento da pequena e média criminalidade, pelas soluções de consenso previstas na lei, entre as quais assume particular relevo a suspensão provisória do processo⁸⁵”.

Além do requisito da pena máxima cominada ao delito, existem outros pressupostos cumulativos que devem ser levados em consideração para que o Ministério Público possa determinar a suspensão do processo, medida essa que pode ser determinada pelo órgão ministerial tanto de ofício, quanto por requerimento do arguido ou do assistente.

O próximo requisito que autoriza a concessão da suspensão provisória do processo encontra-se disciplinado no art. 281º e nº 1, alínea a), do Código de Processo Penal. Trata-se da anuência com a suspensão por parte do juiz, do arguido e do assistente, ou da vítima, ainda que não se tenha constituído assistente, nos casos de violência doméstica (cfr. N.º 7 do referido artigo), bem como em processos por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado (art. 281º, nº 8, CPP-P), tendo em vista o interesse da vítima na suspensão com a concordância do juiz de instrução, desde que se verifiquem os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1, quais sejam: a concordância do arguido e do assistente e a ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza. Nesses dois últimos casos, a iniciativa deve provir da vítima.

A anuência do magistrado ocorre com a homologação do acordo de suspensão, após a análise do cumprimento dos requisitos exigidos por lei e sua coerência em relação ao caso concreto, evitando eventuais arbitrariedades que possam advir da solução consensual, aferindo, ainda, se a aceitação do arguido foi livre de vícios. Até porque, conforme leciona Isabel Branco, se o juiz considerar que existe uma clara violação dos direitos fundamentais do arguido, ou que os pressupostos legais não foram respeitados, deve não concordar com a suspensão, fundamentando sua decisão⁸⁶.

A concordância do arguido mostra-se importante na medida em que este renuncia a algumas de suas garantias fundamentais, tais como, o contraditório e a ampla defesa, obrigando-se a cumprir injunções e regras de conduta impostas pelo MP, mesmo sem ter havido sentença condenatória.

⁸⁵ Diretiva nº 1/2014, Capítulo 1, nº 1 - Expedição da Procuradoria-Geral da República.

⁸⁶ BRANCO, Isabel Maria Fernandes - **Considerações sobre a aplicação da suspensão provisória do processo: "Legalidade Mitigada"**. Lisboa: Novas Edições Acadêmicas, 2016, p. 57.

Sendo assim, só poderá existir consenso e a suspensão do processo, se o arguido investigado anuir de forma livre, consciente e inequívoca as restrições aplicadas pelo *parquet*, sempre analisando os benefícios que esta obrigação pode gerar.

Finalmente, a lei exige a concordância do assistente – quando exista - para que o acordo de suspensão se efetive.

Acerca da figura do assistente, diga-se que o assistente é o sujeito do processo que assume o papel de colaborador do Ministério Público, subordinando-se à intervenção deste órgão, salvas as exceções da lei (art. 69.º, n.º 1 do CPP-P).

De acordo com o art. 68.º do CPP-P, podem-se constituir como assistentes no processo penal português as pessoas ou entidades descritas no n.º 1 daquele artigo que, correspondem, grosso modo, aos ofendidos (ou os seus descendentes e os cônjuges; ou representantes legais) e qualquer pessoa nos crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação econômica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção (sem prejuízo do alargamento destas entidades, através de legislação avulsa, como ocorre, por exemplo, no domínio dos crimes ambientais).

Nesse sentido, cumpre mencionar que, nos termos do art. 281º, nº 2, alíneas a e b), já existem injunções que beneficiam a vítima, como a obrigação de indenizar o lesado e dar a ele satisfação moral adequada.

A legislação, nos termos do art. 281º, alíneas b) até f), do CPP-P, exige ainda que: o arguido não tenha condenação anterior por crime de mesma natureza; que não tenha sido beneficiado pela suspensão por crime de mesma natureza; que não haja lugar para medida de segurança de internamento; que haja ausência de um grau de culpa elevado e que o cumprimento das injunções e regras de conduta respondam suficientemente às exigências de prevenção do caso concreto.

Assim, conforme narrativa acima, o arguido não pode ter condenação anterior e nem ter sido beneficiado pela suspensão; em crimes de mesma natureza. Porém, a lei não determina um prazo máximo de duração dessa restrição.

No que se refere a exigência de não ser caso de aplicação da medida de segurança de internação, esta se justifica pelo fato do inimputável não ter a capacidade de discernimento para dar sua concordância livre e voluntária ao consenso.

Além disso, tratando-se de eventual crime cometido por um inimputável, este é isento de pena, tendo a medida de segurança um caráter assistencial que busca o tratamento do condenado e a proteção da comunidade, hipótese que não se aplicaria ao instituto de consenso ora analisado.

Por fim, o MP deve aferir no caso concreto se o arguido possui grau de culpa elevado e se as injunções e regras de conduta serão suficientes para prevenir eventual reincidência, já que o instituto é direcionado para criminosos não habituais, que tenham praticado o delito por um deslize. Por isso, as restrições devem ser suficientes e necessárias para ressocializar o indivíduo, de modo que, ao mesmo tempo beneficie a este e traga vantagens para a política criminal estatal, favorecendo, conseqüentemente, a sociedade como um todo.

Cabe também analisar a possibilidade de aplicação da suspensão provisória do processo em caso de concurso de crimes. Nesse tema, existem duas vertentes doutrinárias distintas sobre o assunto.

A primeira vertente afirma ser possível a utilização do instituto quando a soma das penas aplicadas aos crimes não ultrapasse os cinco anos determinados no art. 281º; do CPP-P.

Já a segunda vertente acredita que poderá ser suspenso o processo desde que cada crime, individualmente, não ultrapasse o limite máximo de cinco anos.

Cabe apresentar agora a duração e os efeitos do instituto, consoante disposto no art. 282º, do CPP-P. Nesse sentido, a suspensão provisória do processo pode ter duração de até dois anos, salvo nos casos elencados no art. 281º, nºs 7 e 8 do CPP-P, mais precisamente, nas hipóteses de violência doméstica não agravada pelo resultado; e em crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado, nos quais o prazo pode ser de até cinco anos.

Insta consignar que, no caso de violência doméstica, também a Diretiva n.º 5/2019, expedida pela Procuradoria-Geral da República, traz orientações específicas para serem observadas pelos magistrados e agentes do MP na aplicação da suspensão provisória do processo. Assim, segundo disposto no Item VIII, nº 1, daquela directiva, sempre que a vítima solicite a aplicação ao arguido da suspensão provisória do processo, o órgão ministerial deve contactar diretamente e de forma presencial a mesma, com o objetivo de verificar se o seu requerimento de suspensão corresponde à sua vontade livre e esclarecida, informando-a, ainda,

“sobre os objetivos e as consequências de tal suspensão e das medidas que podem ser impostas ao arguido⁸⁷”.

Ressalte-se que, durante o período de suspensão, não corre o prazo prescricional, consoante art. 282º, nº 2 do CPP-P.

Se o arguido cumprir as injunções e regras de conduta durante o período determinado, o MP arquivará o processo, e este não poderá mais ser reaberto, nos termos do art. 282º, nº 3, do CPP-P.

Contudo, em caso de descumprimento, o processo prossegue e as prestações feitas não podem ser repetidas, conforme determina o art. 282, nº 4, do CPP-P. Importa destacar que, essa revogação não é automática, só podendo acontecer após a oitiva do arguido e se comprovada sua culpa no descumprimento das medidas impostas.

2.1.2.1. Regimes Especiais de Suspensão Provisória do Processo

O instituto da suspensão provisória do processo possui três regimes especiais, consoante disciplina o art. 281º, nºs 7, 8 e 9, do CPP-P. Eles tratam, respectivamente, sobre violência doméstica não agravada pelo resultado; crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado; e crime de furto quando a conduta ocorrer em estabelecimento comercial, durante o período de abertura ao público, relativamente à subtração de coisas móveis de valor diminuto e desde que tenha havido recuperação imediata destas, salvo quando cometida por duas ou mais pessoas.

No crime de violência doméstica, previsto no art. 152º do CP-P, o Ministério Público determinará a suspensão do processo desde que exista requerimento livre e esclarecido da vítima; haja a concordância do juiz da instrução e do arguido, devendo este último não ter sofrido condenação anterior por crime da mesma natureza; e não ter sido beneficiado pelo instituto anteriormente por crime da mesma natureza.

No regime previsto para os casos de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor; não agravado pelo resultado, além da exigência da concordância dos envolvidos processuais (MP, juiz da instrução, arguido) para a suspensão do processo, o órgão ministerial deve levar em consideração sempre o interesse da vítima, justamente por se tratar de vítima menor de idade, portanto, vulnerável e em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que sofre ainda mais danos causados por esses delitos. Todavia, a lei não

⁸⁷ Diretiva nº 5/2019 - Diretiva que estabelece procedimentos específicos a observar pelos magistrados e agentes do Ministério Público na área da violência doméstica, expedida pela Procuradoria-Geral da República. Vide Item VIII, nº 1.

estabelece que a vítima pode/deve ser ouvida. Tal fato parece constituir-se, numa violação do artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança⁸⁸.

Até porque, o referido diploma internacional assegura às crianças o direito de expressão de suas opiniões sobre todos os assuntos que possuam relação com sua pessoa, devendo os Estados levar em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança, devendo ainda o menor ter a oportunidade de ser ouvido em todo processo judicial ou administrativo que lhe afete, como é o caso da hipótese em tela analisada.

Assim, entende-se que, sendo o infante/jovem vítima de tal crime, o mesmo deveria ser ouvido sobre a possibilidade de aplicação da suspensão provisória do processo.

Ademais disso, o arguido não pode ter sido condenado por crime de mesma natureza; ou ter se beneficiado da suspensão provisória do processo por crime de mesma natureza.

Nesses dois regimes citados, como se referiu, supra, o prazo de suspensão do processo pode ir até cinco anos, (cfr. art. 282º, nº 1 e 5 do CPP-P).

Finalmente, o último regime especial que trata do crime de furto quando a conduta ocorrer em estabelecimento comercial, durante o período de abertura ao público, relativamente à subtração de coisas móveis de valor diminuto e desde que tenha havido recuperação imediata destas, salvo quando cometida por duas ou mais pessoas, conforme disposto no art. 281º, nº 9, do CPP-P.

Nessa situação, a lei permite a suspensão do processo sem a necessidade de concordância do assistente, fato questionável, na medida em que se trata de crime particular e, por conseguinte, de crime em que a acusação cabe ao assistente e não ao Ministério Público.

Percebe-se, pela análise dos requisitos exigidos, que se trata de um caso bem específico, com uma gravidade extremamente reduzida.

⁸⁸ Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Portugal ratificou a referida Convenção em 21 de setembro de 1990, ao passo que o Brasil o fez em 21 de novembro de 1990. O artigo 12 do documento assim dispõe:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Documento disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.

2.1.3 Colaboração Processual ou Arrependimento na Lei da Droga

No ordenamento jurídico português não existe uma regulamentação muito específica e minuciosa sobre o instituto da delação premiada. Nota-se a existência de alguns meios parecidos de provas ligados ao chamado direito premial, em que o Tribunal atribui recompensas como a atenuação especial da pena ou mesmo a sua dispensa aos arguidos que colaborem com a investigação de determinados crimes.

Assim, o direito premial é um instituto jurídico criado pelo legislador com o objetivo de “premiar” o agente que colaborar, de modo decisivo, com a entrega de provas capazes de identificar os coautores, comprovar o crime e ceifar o sistema criminoso, desbaratando o grupo ou associação criminosa.

Desse modo, pode-se afirmar que o direito premial tem por base um ajuste celebrado entre o poder público e o infrator confesso e arrependido da conduta criminosa praticada, que tem como consequência uma suavização da pena a ser-lhe aplicada.

Acerca do direito premial, Guilherme de Souza Nucci leciona que o instituto da delação premiada,

(...) significa a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o(s) comparsa(s). É o ‘dedurismo’ oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 778).

Em que pese a crítica do autor questionando moralmente o conteúdo do instituto, o mesmo reconhece que se trata de um mecanismo necessário e eficaz para promover o desbaratamento de organizações criminosas ao permitir que um dos seus membros possa se arrepender e delatar a atividade criminosa dos seus parceiros.

Outrossim, o comportamento positivo do infrator, colaborando com a justiça, assume relevo jurídico no sistema penal lusitano, possibilitando a aplicação de um tratamento mais indulgente, ainda que o agente seja considerado culpado pela infração penal, através da atenuação especial da pena ou mesmo a sua dispensa, regulamentadas nos arts. 72º, 73º e 74º, do Código Penal Português.

Nesse sentido, o legislador português, no art. 72º, do CP-P, autorizou a redução especial da pena para o agente criminoso que demonstre um comportamento positivo em

momento anterior, posterior ou contemporâneo à prática do delito que diminua de forma significativa a ilicitude do fato, sua culpa ou a necessidade da pena.

As circunstâncias que autorizam a aplicação do instituto da atenuação da pena estão dispostas no n.º 1 e suas alíneas, do art. 72º do Código. Para os objetivos da presente análise, mostra-se de relevo o disposto nas alíneas c) e d), quais sejam: c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; e d) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente, boa conduta.

O art. 73º define quais os limites da pena aplicável caso haja lugar à sua atenuação, ao passo que o art. 74º trata da dispensa de pena quanto aos crimes previstos e punidos com pena de prisão não superior a seis meses ou com multa não superior a 120 dias.

Percebe-se a valoração legal que o legislador concedeu ao arrependimento, ou seja, à prática de atos concretos com vistas à reparação dos danos causados com a conduta criminosa. Até porque, conforme defende Germano Marques, “o arrependimento deva ser considerado como um primeiro passo para a sua conformação aos valores que as leis consagram e tutelam (...), representa para a sociedade a esperança de que aquele seu membro não mais a afrontará pela via do crime⁸⁹”.

Todavia, para que o arrependimento tenha relevância jurídica no sistema criminal português, ele deve preencher alguns requisitos, como por exemplo, ser livre e sincero, ser demonstrado através de atos concretos e atitudes espontâneas de reparação dos danos causados e deve se mostrar útil, no sentido de colaborar com a administração da justiça e no desagravo para com a vítima, mas também promover a reintegração social do agente.

Nessa linha de raciocínio, veja-se a jurisprudência lusitana abaixo colacionada:

X - O estatuto de arrependido só deve ser aplicado aos agentes do crime que demonstrem arrependimento sincero, ou que revelem um comportamento voluntário indicativo da sensível diminuição ou desaparecimento da culpa dele⁹⁰.

O arrependimento é um acto interior. A demonstração do arrependimento tem de ser activa, visível. O agente tem de revelar que rejeitou o mal praticado, de modo a convencer o tribunal que se no futuro vier a ser confrontado com uma situação idêntica, não voltará a delinquir. Em casos de crime de dano, a demonstração da

⁸⁹ SILVA, Germano Marques da - Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democrático e da lealdade em a relevância da colaboração do arguido na determinação da pena. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, Vol. III, 1994, p. 32.

⁹⁰ Acórdão: Processo: 042222. Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [Em linha]. Relator: As Nogueira. Data do Acórdão: 26/02/1992. [Consult. 15. Nov. 2021]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e0cc6ca6b2ecc693802568fc003a826b?OpenDocument>.

sinceridade do arrependimento passa, nomeadamente, pela reparação do dano, pelo propósito sério da sua reparação, ou até pela apresentação de desculpas ao lesado⁹¹.

Assim, a conduta de arrependimento deve demonstrar que o agente deseja sinceramente promover uma mudança de atitude, reprovando o seu comportamento anterior, quando da prática do delito, e praticando atos concretos que demonstrem, de fato, estar o sujeito arrependido da conduta delitativa outrora praticada.

Insta consignar que, existe a previsão da atenuação especial da pena no Código Penal Português em relação aos crimes de branqueamento de capitais no art. 368º-A e nos delitos de corrupção passiva constantes dos arts. 373º; 374º e 374º-B. Também na legislação extravagante relativa aos crimes de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, combate ao terrorismo, ao tráfico de drogas, às medidas antidopagem no desporto, ao combate aos comportamentos antidesportivos e ainda no âmbito do regime jurídico das armas e munições.

Levando em conta a aplicação dos institutos da atenuação ou dispensa da pena aplicados a situações particulares, importa analisar esse benefício processual nos crimes de tráfico e consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

2.1.3.1. O Arrependimento na Lei da Droga

Em Portugal, a política criminal vigente autoriza a atenuação ou dispensa de pena em relação a alguns delitos relacionados ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, descritos no Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro, conforme disposto no art. 31º da lei.

Segundo a disposição legal supracitada, ao agente que abandonar a sua atividade criminosa, afastar-se dela ou diminuir de forma considerável o perigo produzido por sua conduta; ou ainda, que impedir o resultado que a lei busca evitar, ou auxilie concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, especialmente grupos, associações ou organizações criminosas que exploram o tráfico e o consumo de drogas, é prevista a atenuação ou dispensa de pena para os tipos penais dos arts. 21º, 22º, 23º e 28º.

⁹¹ Acórdão: Processo 192/11.3TACBR.C1. Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [Em linha]. Relator: Orlando Gonçalves. Data do Acórdão: 30/05/2012. [Consult. 15. Nov. 2021]. Disponível em: <https://www.direitoemdia.pt/search/show/ac69b28f83cd0ed9a2dff54d9d54c46fde32a47f100d9e399d066b02d476b425>.

Assim, o prêmio de atenuação ou isenção da pena se aplica à figura do arrependido nas formas de criminalidade organizada, dependendo a aplicação do benefício do fornecimento de recolha da prova do crime quanto aos demais integrantes da rede criminosa.

Além disso, o entendimento jurisprudencial lusitano sobre o tema, destaca outros elementos na conduta do agente que podem favorecer a aplicação do prêmio de redução ou mesmo isenção de pena, no caso dos crimes relacionados ao tráfico uso de drogas. Veja-se abaixo:

I - O artigo 31º do D.L. nº 15/93, de 22/01, prevê a possibilidade de atenuação especial da pena, quando se verificarem circunstâncias de particular valor atenuante, entre elas a de o agente auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações.

II - O disposto em tal preceito legal não é de funcionamento automático, tratando-se de medida excepcional, que não se basta com a simples verificação formal de uma das circunstâncias previstas, sendo ainda necessário que a ponderação global da conduta do agente seja demonstrativa de que, à semelhança do que é exigido pela norma que prevê o instituto em termos gerais (artigo 72º do Código Penal), a sua ocorrência se traduza numa diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade da pena.

III - Não tendo o arguido antecedentes criminais, não lhe sendo conhecida a prática (posterior aos factos) de crimes da mesma natureza (ou outros), tendo decorrido quase quatro anos sobre a prática dos factos, não tendo o arguido sofrido prisão preventiva à ordem dos autos, tendo declarado, desde o primeiro interrogatório judicial, querer colaborar com as autoridades, o que veio a suceder, trabalhando (como funcionário público), tendo família constituída e residência certa, e mesmo que a sua colaboração com as autoridades não esteja ao nível da de um "arrependido", é ajustado proceder à atenuação especial da pena ⁹².

Desse modo, resta claro que a figura do arrependido na sistemática processual lusitana releva-se de grande valor jurídico, na medida em que possibilita o benefício de atenuação da pena ou até mesmo, sua dispensa, desde que o agente pertencente à organização criminosa ligada ao tráfico e ao consumo de estupefacientes colabore com as autoridades, fornecendo informações relevantes e provas adequadas que auxiliem na identificação do crime e dos demais criminosos.

⁹² Acórdão: Processo: 7/11.2GBPTM.E1. Tribunal da Relação de Évora – TER. [Em linha]. Relator: Maria Leonor Esteves. Data do Acórdão: 19/05/2015. [Consult. 15. Nov. 2021]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/E3C2BF3A36B1F5EB80257E5800393B96>.

2.1.4. Dispensa de Pena e Arquivamento em Caso de Dispensa de Pena nos Crimes Fiscais

A dispensa de pena e o arquivamento em caso de dispensa nos crimes fiscais, que devem ser aplicados de maneira conjunta, estão previstos nos arts. 22º e 44º do Regime Geral das Infrações Tributárias - RGIT (Lei n.º 15/2001, de 05 de junho e alterações).

Ensinando sobre os institutos, o Professor Figueiredo Dias destaca que os crimes fiscais são comportamentos geradores de punibilidade, pois se trata de ações ilícitas, típicas, culposas e puníveis, mas não determinam a aplicação da pena, apenas ocorrendo a declaração de que o agente é culpado “em virtude do seu carácter bagatelar ligado à falta de carência de punição do facto concreto. Em tais casos, manda a lei que se não aplique uma pena, pura e simplesmente. (...)”⁹³.

Em que pese fixação anterior de tais institutos no Código de Processo Penal, somente com a entrada em vigor do RGIT é que se tornou possível sua aplicação nos crimes tributários, posto que a legislação anterior - Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras - a vedava expressamente.

Destaque-se que, a partir de 2014, a lei n.º 83-C/2013, de 31/12, que fixou o Orçamento de Estado para 2014 (“LOE 2014”) consagrou uma alteração relevante ao “RGIT”, que se traduziu na limitação do âmbito de aplicação do instituto da dispensa de pena nos crimes tributários (artigo 22.º, n.º 1, do RGIT), reduzindo a aplicação da dispensa de pena para crimes puníveis com pena de prisão igual ou inferior a 2 (dois) anos em vez de 3 (três) anos, conforme previsão anterior.

Na redação do RGIT anterior à LOE 2014, a dispensa de pena poderia ser aplicada a um número relevante de infrações tributárias, nas quais se incluíam, por exemplo, os crimes fiscais de (i) a burla tributária simples, (ii) a fraude fiscal simples, (iii) o abuso de confiança simples, (iv) a fraude contra a Segurança Social simples, (v) o abuso de confiança contra a Segurança Social simples. Na atual redação, apenas os crimes menos graves – como é o caso da frustração de créditos, violação de segredo e do auxílio material – poderão beneficiar-se do referido regime de dispensa da pena, excluindo-se os crimes fiscais mais graves.

Germano Marques preleciona que inexistem razões para não aplicação dos institutos de justiça consensual no direito tributário, posto que o arquivamento ocorre apenas após a satisfação das exigências de prevenção, que no caso fizessem sentir e a conduta do agente não se revestisse de forte gravidade, não sendo, portanto, automático, prescindindo da reposição

⁹³ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 193.

da verdade sobre a situação fiscal e do pagamento do imposto, com eventuais acréscimos ou restituição de benefícios obtidos injustificadamente⁹⁴.

Como previsto no art. 22º, nº 1, a dispensa de pena somente é possível para crimes com pena igual ou inferior a dois anos, e desde que o agente reponha a verdade sobre a situação tributária, condicionando, ainda, a pequena gravidade da culpa do agente e da ilicitude do fato; pagamento da dívida tributária atualizada ou restituição de benefícios injustos, até o oferecimento da acusação e, por fim, não existam razões de prevenção que impeçam a aplicação do instituto.

Temos, portanto, requisitos objetivos – crimes punidos com pena de prisão de até 2 anos e pagamento da dívida atualizada ou restituição de benefícios auferidos injustificadamente – e requisitos subjetivos – análise do grau de culpa e ilicitude do fato e não oposição das exigências de prevenção.

Traçando-se um paralelo com o regime de dispensa de pena previsto no artigo 74º, n.º 1 do Código Penal, percebe-se que, enquanto este é aplicável apenas a crimes puníveis com pena de prisão de até seis meses ou multa não superior a 120 dias, o RGIT abrange mais fatos passíveis de dispensa, beneficiando o infrator fiscal. E que, enquanto no Código Penal, a aplicação deste instituto é reservada a casos em que a ilicitude do fato e a culpa do agente sejam diminutas, nas infrações tributárias pode ser aplicado se estas não forem de muita gravidade.

Não se aplicando o instituto da dispensa de pena, pode esta última ser ainda, especialmente atenuada se, até ao final do prazo fixado ou da decisão final, o agente proceder ao pagamento da prestação tributária e demais acréscimos legais. Assim, deste preceito resulta que a dispensa de pena surge como uma possibilidade, enquanto a atenuação especial da pena como uma obrigatoriedade. Inexistindo no RGIT uma norma especial no tocante à forma de atenuação da pena, por força do princípio da subsidiariedade, aplica-se àquele previsto no artigo 73º do Código Penal.

Videira preleciona que a reposição da verdade fiscal exigida no artigo 22.º, como atenuante da pena, tem por objetivo evitar a perturbação do sistema por deficiência de

⁹⁴ Prossegue o autor afirmando que “O que importa ponderar em cada caso é a gravidade da ilicitude e da culpa e as necessidades de prevenção e pode eventualmente considerar-se que a mera reposição da verdade e pagamento dos impostos em dívida e acréscimos legais não é suficiente para realizar os fins de prevenção. Por isso que o instituto da suspensão provisória do processo seja muitas vezes a alternativa mais adequada do que o arquivamento por dispensa de pena, dado permitir que além da reposição da verdade tributária, pagamento dos impostos em dívida e acréscimos legais, sejam oponíveis injunções ao arguido, nomeadamente a entrega a instituições de solidariedade social de certas quantias (artigo 281º e 178º do CPP).” (SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Tributário**, sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, p. 156).

colaboração do contribuinte no cumprimento das obrigações acessórias, restabelecendo a paz jurídica e a revalidação da norma violada, com vistas a alcançar finalidades de prevenção geral e especial, sob pena de o direito penal tributário reduzir-se a instrumento de cobrança coerciva de imposto⁹⁵.

No que se refere ao arquivamento em caso de dispensa de pena, de acordo com o artigo 44.º, a competência para realizar o procedimento antes da dedução da acusação, ou seja, na fase de inquérito, é do Ministério Público, em face das referidas situações criminais, se se verificam os pressupostos formais e legais para uma possível dispensa de pena, após oitiva da Administração Tributária ou da Segurança Social, com a prévia concordância do juiz de instrução, de forma vinculante.

A jurisprudência e a doutrina dominante entendem que a concordância do juiz de instrução refere-se ao controle material dos requisitos legais, resguardando a esfera dos direitos, liberdades e garantias das pessoas.

Anote-se que o despacho de arquivamento proferido, nos termos do artigo 280.º do CPP, aplicável por expressa disposição do art. 43.º do RGIT, equivale ao caso julgado, não podendo o inquérito ser reaberto ou prolatada nova decisão que sujeito o arguido a julgamento.

Em caso de já ter sido deduzida a acusação, pode o juiz de instrução proceder a tal arquivamento, com a concordância do MP e do arguido e ouvida a Administração Tributária ou a Segurança Social.

Conforme se observa, o legislador previu a possibilidade de, na pendência do processo-crime, ocorrer o arquivamento em caso de dispensa de pena, em todas as suas fases, quais sejam; no inquérito (art. 44º, 1), na instrução (art. 44º, 2) e julgamento - até a decisão final ou, posteriormente, no prazo nela fixado.

Em linha de conclusão, Santos preleciona que a intenção do legislador foi a de reaver o máximo de receitas possíveis, privilegiando, ainda mais, a proteção preventiva dos bens jurídicos em detrimento de uma necessidade de aplicação de penas⁹⁶.

⁹⁵ VIDEIRA, Maria Guadalupe Fardilha. **O pagamento como condição suspensiva da execução da pena de prisão nos crimes tributários: artigo 14º do regime geral das infracções tributárias**: ratio e alcance. (Dissertação de Mestrado). [Em linha], 2015. p. 22. [Consult. 12. Out. 2021]. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/18045>.

⁹⁶ SANTOS, Valentina da Silva. **A Fraude Contra a Segurança Social e os Crimes Tributários, em Especial o Problema do Concurso de Crimes**. (Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2017. p. 47. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84154/1/TESE%20FINAL%207.pdf>

2.1.5. Mediação Penal de Adultos

A mediação penal está disciplinada na Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, editada em obediência ao artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, que ao estabelecer o estatuto da vítima em processo penal, determinou aos Estados-membros o empenhamento de esforços para promoção da mediação no âmbito criminal⁹⁷.

Delgado e Miranda afirmam que, em Portugal, há outros diplomas que, de alguma forma, disciplinaram a mediação penal, a exemplo da Lei n.º 115/09, de 12 de outubro (Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade), que no seu art. 47º, n.º 4, possibilita a mediação entre o recluso e o ofendido e da Lei n.º 112/09, de 16 de setembro, que, em sua versão original, previa os chamados “encontros restaurativos” no âmbito de violência doméstica, durante a suspensão provisória do processo ou o cumprimento de pena. Tratava-se do art. 39.º da referida Lei, revogado pela Lei n.º 129/15, de 3 de setembro. Entretanto, tais diplomas não serão objeto de nossa investigação, restringindo-se àquela contida na Lei n.º 21/2007, de 12 de junho⁹⁸.

A Lei n.º 21/2007, em seu art. 2º, determina os tipos penais passíveis de mediação, quais sejam, os delitos privados e os semipúblicos com penas não superiores a 5 (cinco) anos. O regime da mediação tem por fundamentos o consentimento informado, ou seja, a vontade esclarecida e livre dos participantes; a informalidade, posto que não há modelo pré-fixado quanto à forma do acordo; a confidencialidade, restringindo-se o discutido apenas à condução da conciliação e, por fim, a pessoalidade, exigindo a participação pessoal dos envolvidos.

Já o art. 2º, n. 3 da lei portuguesa veda a utilização da mediação penal, em alguns casos, a saber: a) crimes com penas privativas superior a cinco anos; b) processos por crime contra a autodeterminação sexual ou a liberdade; c) processos por crimes de corrupção, tráfico de influência ou peculato; d) casos em que seja aplicado processo sumário ou sumaríssimo; e) casos em que o ofendido tenha menoridade até dezesseis anos. Tais vedações são de caráter preventivo e política criminal e até mesmo de proteção à vítima, como por exemplo, de não ser exposta na frente do agressor, em casos de crimes sexuais.

⁹⁷ De acordo com Rubens Delgado e Daniel Henrique, “A Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, é fruto das influências legislativas europeias e internacionais, conforme explanado no item anterior, do compromisso do XVII Governo Constitucional e dos impulsos no âmbito acadêmico, como o Colóquio de 29 de junho de 2004, na cidade do Porto³⁷. Ressalte-se, ainda, que, no âmbito da Assembleia da República, durante o processo legislativo, foram ouvidos especialistas quanto à introdução da mediação penal no ordenamento português” (DELGADO, Rubens Behamonde; MIRANDA, Daniel Henrique Silva - Mediação penal e a valorização da vítima: uma análise comparada entre as legislações portuguesa e brasileira sobre a mediação antes do exercício da ação penal. **GALILEU** - Revista de Economia e Direito. Vol. XXI, nº1 (2020), p.88).

⁹⁸ DELGADO, Rubens Behamonde; MIRANDA, Daniel Henrique Silva. *Ob. Cit.*, p.89.

Uma vez efetivado e cumprido o acordo, e com a concordância do Ministério Público, o ofendido desistirá da queixa, com afastamento de qualquer oposição por parte do arguido, representando verdadeira disponibilidade no exercício deste tipo de ação penal. Estando o acordo dentro das balizas normativas, o próprio Ministério Público homologa a desistência da queixa, que operará *ex lege* com a assinatura do acordo, e notificará as partes. Em caso de inadimplemento do acordo, no prazo fixado, o inquérito pode ser reaberto, com a renovação da queixa no prazo de um mês, pelo ofendido.

Note-se que o conteúdo do acordo é de livre ajuste entre os participantes, entretanto, não pode conter medidas privativas de liberdade, ofender a dignidade do arguido e ser superior a seis meses, nos termos do art. 6º, n. 1 e 2 da lei lusitana, o que não significa reconhecimento por parte do arguido de existência de culpa. Podemos citar como exemplos de acordos aqueles que visam ao pagamento de prestação em dinheiro, reparação do dano causado e formulação de desculpas, dentre outros.

A mediação penal poderá ocorrer em qualquer fase do inquérito. No caso de concurso de crimes, faz-se necessária a separação dos processos, realizando-se a mediação apenas para o que for cabível, podendo esta separação ocorrer também quando existirem mais de um arguido. Havendo mais de um ofensor, uma vez concluída a mediação, poderá haver renovação do direito de queixa somente quanto àquele descumpridor da avença, mantendo-se o arquivamento no que se refere àqueles que aceitaram e cumpriram o acordo⁹⁹.

No que se refere à duração do procedimento de mediação, a lei estabelece que, após o envio do processo pelo MP ao mediador, tal fase deve ser concluída em até 3 (três) meses, com possibilidade de prorrogação, até o limite máximo de mais 2 (dois) meses, desde que haja justificativa do mediador ao MP e tenha alta possibilidade de alcance do acordo. O arguido e o ofendido podem pôr fim à mediação a qualquer tempo.

No que se refere ao papel da vítima na mediação penal, Delgado e Miranda destacam que sua participação reside na possibilidade de expressão de um papel ativo e colaborativo e na busca do consenso, diferenciando-se dos demais instrumentos da justiça negociada, como os acordos negociados de sentença ou *plea bargaining*, posto que, nestes acordos, segundo os autores, o papel da vítima é diminuído, uma vez que os negociantes são o agressor e o titular da ação penal¹⁰⁰.

⁹⁹ CARMO, Rui do - Um exercício de leitura do regime jurídico da mediação penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ano 20, n.º 3 (Julho-Setembro 2010), p. 469.

¹⁰⁰ DELGADO, Rubens Behamonde; MIRANDA, Daniel Henrique Silva. *Ob. Cit.*, p. 90.

Neste sentido, Leonel Santos descreve ainda que na mediação penal as vítimas sentem-se compensadas ao serem capazes de se expressar, de modo verdadeiro, em lugar calmo e sereno, ao perceberem mudanças de comportamento do agressor e ouvi-lo reconhecer o erro e compromissar-se com o futuro, sem ofensas repetidas¹⁰¹.

Em notas críticas à lei de mediação penal de adultos, Rodrigo Brandalise destaca sua discordância com o limite do prazo de seis meses para duração das medidas de reparação, considerando-o preciosismo legal. O autor argumenta ainda acerca da dificuldade, por exemplo, em casos de reparação de valores expressivos, bem como no que tange à vedação da mediação, nos casos de cabimento de procedimento sumário ou sumaríssimo. Defende o autor que, nos dois procedimentos existem espaços de consenso, não se justificando a impossibilidade legal¹⁰².

Cumprir destacar que, a lei de mediação penal portuguesa, permanecendo atrelada aos princípios jurídico-processuais, com necessário respeito e equilíbrio aos direitos fundamentais, prestigia a voluntariedade da participação dos sujeitos envolvidos, o interesse na responsabilização do agressor e a reparação de danos, com a necessária reconstrução do tecido social rompido com a violação da lei, tudo em um ambiente democrático e de diálogo.

Portanto, vai ao encontro da ampliação dos espaços de consenso, prezando pela eficácia e celeridade ao optar pela autocomposição de interesses das partes, com redução de custos para o Estado e àqueles envolvidos no sistema de justiça criminal de Portugal.

2.2. Mecanismos Tradicionais de Consenso no Brasil

No Brasil, o legislador constituinte demonstrou seu apreço pela solução consensual dos conflitos, fixando-a na própria Constituição Federal de 1988, fato que incentivou a implantação dessa forma de solução das lides no sistema jurídico do país.

Nessa linha de ideias, importa consignar que, o Constituinte Originário determinou no art. 98, inciso I da CF/88 que causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, deveriam ser julgadas e executadas mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitidos a transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Ocorre que a regulamentação desse citado artigo só aconteceu com a entrada em vigor da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, quase 7 (sete) anos após a promulgação da

¹⁰¹ SANTOS, Leonel Madaíl – **Mediação Penal**. Lisboa: Chiado Editora, 2015. p. 25

¹⁰² BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **Justiça penal negociada**: negociação de sentença e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 134.

Constituição. Apesar de um longo lapso de tempo até sua efetivação, a referida lei possui, atualmente, sua aplicação assentada no sistema jurídico brasileiro, consagrando diversos institutos consensuais, tais como, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Assim, a “lei dos juizados”, teria o condão de inaugurar instrumentos de resolução consensual de conflitos na esfera do processo penal, revolucionando o sistema brasileiro¹⁰³.

Inicialmente, a Lei nº 9.099/95 previa que os crimes de menor potencial ofensivo seriam as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não ultrapassasse um ano. No entanto, com a entrada em vigor da lei dos juizados especiais federais (Lei nº 10.259/2001 de 12 de julho), essa definição foi ampliada, abarcando as contravenções e os crimes cuja pena máxima fossem de até dois anos.

Porém, essa última modificação conceitual só passou a ser aplicada na referida lei a partir das alterações trazidas pela Lei nº 11.313/2006, de 28 de junho, restando consignado no seu art. 61,

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Vale ressaltar que as causas de aumento de pena devem ser consideradas para determinar a competência dos Juizados Criminais e a aplicação dos institutos despenalizadores constantes da referida lei. Assim, na hipótese de concurso de crimes, cujas penas aplicadas aos delitos cometidos ultrapassem o limite determinado na lei para a aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo, esses institutos não poderão ser aplicados, conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro (STJ),

No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de apresentação da proposta de transação penal (Lei nº 9.099, art. 76), será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. **Com efeito, se desse somatório resultar um período de apenamento superior a 2 (dois) anos, fica afastada a possibilidade de aplicação do benefício da transação penal.**¹⁰⁴(Grifei).

¹⁰³ ZACLIS, Daniel - **Simulacro de Justiça**: reflexões críticas acerca da aplicação da Lei nº 9.099/1995 no processo penal brasileiro. Revista do Advogado, v. XXXV, p. 27-33, 2015, p. 27.

¹⁰⁴ Habeas Corpus 29.001/SC. Relator: Ministro Feliz Fischer. Julgamento realizado pela Quinta Turma do STJ em 24/11/2003.

O juizado especial criminal (JECRIM) é pautado pelos critérios de simplicidade, oralidade, informalidade, economia processual, celeridade e oralidade. Ou seja, tem o intuito de tornar mais simples o procedimento, acelerando a persecução penal dos crimes de menor potencial ofensivo.

Os procedimentos utilizados no JECRIM, guia-se pelo princípio da instrumentalidade das formas. Significa dizer que; a existência do ato processual é um instrumento utilizado para se atingir determinada finalidade. Assim, ainda que com vício, se o ato atinge sua finalidade sem causar prejuízo às partes, não se declara sua nulidade, conforme dispõe os art. 65 e §1º, da Lei nº 9099/95¹⁰⁵.

Confirmando o critério da oralidade e da simplicidade do procedimento prescrito na lei, só serão reduzidos a termo os atos essenciais para o processo¹⁰⁶, bem como a sentença dispensa a presença do relatório. Lado outro, caso sejam necessárias formalidades mais complexas para o deslinde da ação, os autos serão remetidos ao juízo comum para a adoção do procedimento respectivo¹⁰⁷.

Nesse diapasão, o processo investigatório também foi simplificado. O inquérito foi substituído pelo termo circunstanciado, uma espécie de “boletim de ocorrência resumido”, com o mínimo de documentos e peças necessárias, sempre no intuito de valorizar a oralidade no procedimento.

Nesse sentido, Ada Pellegrini e outros sustentam que, em se tratando do registro do termo circunstanciado, para o cumprimento da Lei nº 9099/95, basta a indicação do autor do fato e do ofendido e a relação de testemunhas, além, é claro, da descrição sucinta do fato e suas circunstâncias¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Dispõe o art. 65, da Lei nº 9099/95 que: “os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei”.

Art. 65, §1º: “Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo”.

¹⁰⁶ Conforme disposto no § 3º, do art. 67, da Lei nº 9099/95: “Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente”.

¹⁰⁷ Dispõe o art. 66, da Lei nº 9099/95: “A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado”.

Parágrafo único, do art. 66, da Lei nº 9099/95: “Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Art. 77, §2º, da Lei nº 9099/95: “Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei”.

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio - **Juizados especiais criminais**: comentários à lei nº 9.099/95, de 26.09.1995. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 119.

Ademais, de acordo com o art. 69¹⁰⁹ da legislação analisada, o termo circunstanciado deve ser imediatamente encaminhado ao juizado, juntamente com o autor do fato e a vítima para que seja realizada a audiência preliminar. Caso não seja praticável a realização da audiência de imediato, esta deverá ser marcada para a data mais próxima possível, com a ciência das partes¹¹⁰.

Na audiência preliminar, poderá acontecer o acordo entre as partes. Em princípio, o juiz deverá esclarecer para as partes acerca da possibilidade de realização da composição civil dos danos e da transação penal com aplicação de pena não privativa de liberdade ou multa.

Ressalte-se que, o instituto da **composição civil dos danos** implica numa proposta feita pelo suposto autor do fato à vítima para reparar os prejuízos causados pela infração por ele praticada. Assim, nos termos do art. 74, *Caput*, da Lei nº 9099/95, o acordo de composição dos danos civis deverá ser reduzido a termo escrito e, homologado pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, tendo eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Caso a composição civil ou a transação penal não sejam aceitas pelas partes ou não estejam presentes os requisitos para sua aplicação, o procedimento continua, desde que seja possível o oferecimento da denúncia ou queixa, seguindo o rito sumaríssimo. Ressalta-se que o MP poderá oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, após o oferecimento da denúncia, desde que estejam presentes os requisitos legais.

Entretanto, sendo aceita a composição civil e seja caso de ação penal privada ou pública condicionada a representação, o acordo importará em renúncia ao direito de queixa ou de representação, consoante disposto no art. 74, parágrafo único, da Lei dos Juizados.

Percebe-se que, antes mesmo da ação penal ter prosseguimento, é possível que vítima e autor do fato criminoso entrem em acordo sobre a composição dos danos civis decorrentes do delito, prestigiando a reparação dos prejuízos sofridos pela vítima. Nas palavras de Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, “mais uma vez, a lei se mostra plenamente conhecedora das modernas tendências da Vitimologia, que tendem a substituir cada vez a sanção penal pela reparação dos danos causados ao ofendido¹¹¹”.

¹⁰⁹ Dispõe o art. 69, da Lei nº 909/95: “A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”.

¹¹⁰ Conforme disposto no art. 70, da Lei 9099/95: “Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes”.

¹¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. *Ob. Cit.*, p. 145.

A homologação da composição civil dos danos, mesmo sendo uma decisão de natureza cível, tem repercussão no processo criminal, ainda que ambos sejam independentes entre si. Trata-se de uma decisão homologada por sentença irrecorrível¹¹², que impede o prosseguimento do feito criminal.

Tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada ou havendo representação por parte da vítima (ou seu representante legal), o MP poderá propor o acordo de transação penal, desde que não seja caso de arquivamento do processo.

Assim, nota-se que a intenção do Constituinte Originário e do Legislador Ordinário foi o combate ao aumento da pequena criminalidade, bem como o dispêndio excessivo de recursos públicos destinados a elucidação desses delitos.

Os instrumentos de consenso, trazidos pela Lei dos Juizados, autorizam a possibilidade do não prosseguimento do processo nos casos de composição civil ou transação penal, encerrando-o na audiência preliminar, antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa.

Ademais disso, mesmo quando do oferecimento da denúncia ou queixa, ainda existe a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo, o que demonstra a busca por uma solução célere e consensual dos conflitos.

2.2.1. Transação Penal

Ultrapassada a fase de composição civil dos danos, nasce a possibilidade de aplicação do instituto da Transação Penal, com a consequente aplicação imediata das penas restritivas de direito ou multa, desde que sejam cumpridos os pressupostos exigidos por lei. Afastando-se, assim, a possibilidade de pena privativa de liberdade¹¹³.

Segundo entendimento de Eugênio Pacelli, a Lei nº 9099/95 estabelece determinadas situações nas quais, preenchendo o acusado certos requisitos, criados a partir da consideração da natureza do crime, da pena e das condições pessoais do agente, “o primeiro passo a ser seguido pelo *parquet* será a propositura da transação penal¹¹⁴”.

¹¹² Consoante dispõe o art. 74, *Caput*, da Lei dos Juizados: “A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente”.

¹¹³ De acordo com os ensinamentos de Eugênio Pacelli, “partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da inadequação das penas privativas da liberdade, a Lei nº 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a imposição de pena privativa da liberdade não será a melhor solução para o caso penal” (PACELLI, Eugênio - **Curso de processo penal I**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 347).

¹¹⁴ PACELLI, Eugênio. *Ob. Cit.*, p. 347.

A Transação Penal é um instituto de consenso que se aplica no caso de condutas delitivas para as quais as penas a serem aplicadas não ultrapassem dois anos.

Ademais disso, para a aplicação do referido instituto, consoante disposto no art. 76, §2º, da lei em análise, tem-se a necessidade de preenchimento de outros pressupostos objetivos e subjetivos, tais como:

a) o suposto autor do fato não pode ter sido condenado a cumprir pena privativa de liberdade em sentença definitiva;

b) o suposto autor do fato não pode ter sido beneficiado pela transação nos últimos cinco anos¹¹⁵;

c) análise das características do agente (antecedentes, conduta social e personalidade) e os motivos e circunstâncias que ocasionaram a ocorrência do delito;

A aferição do preenchimento de todos esses requisitos faz-necessário para definir se, de fato, a transação penal é o instrumento mais adequado de solução do conflito analisado.

Não existindo hipótese de arquivamento do feito e cumpridos os aludidos requisitos, pode o Ministério Público oferecer ao investigado proposta de transação penal, desde que haja representação ou seja caso de ação penal pública incondicionada.

A proposta de acordo de Transação Penal ocorre entre o MP e a defesa do suposto autor do fato, sem a participação da vítima. Na compreensão de Arantes, apesar da vítima ter direito de acompanhar os atos processuais durante a audiência, a ela não assiste o direito de opinar e participar ativamente sobre os termos da transação penal. Cabe ao MP e ao acusado chegarem a um consenso sobre os termos do acordo relativo à pena restritiva de direitos ou multa, devendo o referido acordo “ser submetido à apreciação do juízo competente¹¹⁶”.

A proposta ocorre antes do oferecimento da denúncia, em audiência preliminar, momento em que deve ser dado ao suposto autor do fato e ao seu advogado, pleno acesso aos documentos e provas já colhidas, visando uma análise da oferta e sua escolha livre, consciente e inequívoca, pautada em um exame técnico e despido de vícios processuais.

Nota-se que, realizada a proposta de transação penal, cabe ao autor do fato, orientado por sua defesa técnica, cuja presença é obrigatória no ato, analisar se o acordo encampado mostra-se mais vantajoso ou não para sua situação jurídica¹¹⁷.

¹¹⁵ Observe que a Transação Penal apresenta um limite temporal de aplicação do acordo, nos termos do art. 76, §2º, alínea II, da Lei do Juizado.

¹¹⁶ ARANTES, Francine Nunes - **Justiça consensual e eficiência no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2015, p. 47. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/26360>.

¹¹⁷ LEITE, Rosimeire Ventura - **Justiça consensual e efetividade no processo penal**. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2013, p. 138.

Se a proposta do órgão acusador for aceita, evita-se o prosseguimento do feito e, ao mesmo tempo, satisfaz-se a pretensão punitiva do estado com a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

Desse modo, o suposto autor do fato aceita se sujeitar as sanções por causa dos benefícios que decorrerão do acordo, já que, além de não haver mais oferecimento da denúncia, a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, não importará em antecedentes criminais ou em reincidência; e nem produzirá efeitos civis. Somente haverá registro para fins de não aplicação do benefício nos próximos cinco anos¹¹⁸.

O acordo apresentado pelo *parquet* deve ser pautado em um critério de proporcionalidade, com pena menos gravosa do que a que seria aplicada em caso de condenação. Do contrário, seria impossível que o autor do fato aceitasse a proposta e renunciasse ao prosseguimento da lide.

Lado outro, cabe ao magistrado analisar se todos os pressupostos legais foram respeitados, bem como se a aceitação da proposta ocorreu de forma livre, consciente e inequívoca. Nesse sentido, leciona Prado, “a atuação judicial é fundamental para filtrar as acusações e impedir os abusos, tolhendo a iniciativa do Ministério Público naqueles casos em que não há justa causa para a ação penal¹¹⁹”.

Ademais, no que diz respeito ao papel do juiz nos acordos de Transação Penal, sua função vai além da mera homologação do acordo. Cabe ao magistrado exercer um controle de legalidade do ato, garantir um acordo equilibrado entre acusação e defesa e esclarecer ao imputado as consequências jurídicas de sua escolha¹²⁰.

Vale ressaltar que, em relação ao oferecimento do acordo de Transação Penal, há obrigação do órgão acusador em oferecer a proposta, se os requisitos legais foram cumpridos pelo autor do fato. Admitir tal fato como mera faculdade do *Parquet* não foi autorizada no sistema jurídico brasileiro. Ao contrário, “estabeleceu-se a via transacional como uma etapa

¹¹⁸ Conforme disposto no art. 76, § 4º, da Lei nº 9099/95: “Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos”. Já o § 6º dispõe que: “A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível”.

¹¹⁹ PRADO, Geraldo - A transação penal quinze anos depois. *in*: **Em torno da jurisdição**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 8.

¹²⁰ ARANTES, Francine Nunes - **Justiça consensual e eficiência no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2015, p. 47. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/26360>.

anterior ao início da ação penal de índole conflitiva, quando o comportamento atribuído ao imputado configura-se como infração de menor potencial ofensivo¹²¹”.

Nesse diapasão, o órgão acusador tem discricionariedade somente na determinação da pena mais adequada ao autor do fato e não na escolha de aplicação do instituto.

Após homologado por sentença, o acordo produzirá seus efeitos. Contudo, a natureza jurídica dessa decisão é tema controvertido na doutrina. A lei não determina se esta possui caráter condenatório ou não, nem se faz coisa julgada formal ou material, o que acarreta interpretações divergentes quanto à sua natureza jurídica.

Não se olvide que nessa sentença não haverá juízo de culpabilidade, não importará em reincidência e nem constará em certidão de antecedentes criminais, nos termos do art. 76, §§ 4º e 6º da Lei nº 9.099/95, não produzindo, portanto, efeitos de uma sentença penal condenatória.

Isso ocorre pelo fato de o magistrado não ter a oportunidade de analisar a materialidade e autoria do delito, posto que não há uma fase instrutória que possibilite colheita e análise minuciosa das provas. Cabe apenas ao juiz aferir o respeito aos requisitos legais e às garantias do acusado, notadamente, a defesa técnica não deficitária e a vontade livre, consciente e inequívoca deste.

Ademais disso, na transação penal não existe nem ao menos uma ação penal em curso. O acordo impede a propositura da própria ação penal em si. Desse modo, conquanto aplique sanções, possui apenas natureza homologatória, necessitando somente cumprir os requisitos legais para produzir seus efeitos.

Logo, alegar que esse instituto possui natureza condenatória não parece coerente, na medida em que a pena foi acordada pelas partes e não houve um processo penal condenatório, nem mesmo existindo oferecimento da exordial acusatória. Inclusive, a jurisprudência majoritária brasileira assegura que a transação penal possui natureza meramente homologatória. Veja-se

As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante¹²².

Assim, resta claro que a decisão que autoriza a transação penal não faz coisa julgada material. Logo, em caso de descumprimento do acordo formalizado entre as partes, o órgão

¹²¹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Ob. Cit.*, p. 143.

¹²² Recurso Extraordinário – RE nº RE 795.567, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF). Relator: Ministro Teori Zavascki. Data do Julgamento: 28/05/2015. Data da Publicação: 09/09/2015. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>

ministerial pode oferecer a denúncia, dando prosseguimento à persecução penal, conforme entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, através da edição da vinculante nº 35, cujo teor assim dispõe:

Súmula Vinculante nº 35: A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial¹²³.

Ora, tendo em vista que a existência de súmula vinculante sobre determinada questão jurídica, vincula a aplicação de tal entendimento sumulado em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal do ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 103-A, da Constituição Federal¹²⁴, a compreensão de que a transação penal possui natureza homologatória faz-se obrigatório em todo o território nacional.

Disso se infere que, não se poderá converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade automaticamente, quando do descumprimento do acordo de transação. Por não ter ocorrido procedimento condenatório com o respeito ao devido processo legal e a presunção de inocência, portanto, ausente uma análise probatória dentro do acordo de transação que não permite o exame da culpabilidade do investigado.

Assim, a solução encontrada, segundo as lições de Francine Arantes, implica na retomada da persecução penal, por meio do oferecimento da denúncia e da observância dos demais termos do processo. Isso possibilitaria a aplicação de pena privativa de liberdade respeitando os princípios basilares do processo penal¹²⁵

Nesse sentido, vale ressaltar que a continuidade da ação penal ou da investigação deve respeitar o prazo prescricional do delito, sendo certo que, a transação penal não suspende o prazo prescricional da conduta criminosa, nos termos do art. 89, §6º, da Lei nº 9099/95 e da jurisprudência pátria que reforça que,

¹²³ **Súmula vinculante nº 35**, aprovada pela Seção Plenária do Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Suprema do Brasil, em 16/10/2014 e publicada no Diário Oficial da Justiça (DJe) em 24/10/2014, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>.

¹²⁴ Dispõe o art. 103-A, da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

¹²⁵ ARANTES, Francine Nunes. **Justiça consensual e eficiência no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2015, p. 51. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/26360>.

(...) 2. Durante o prazo de cumprimento das condições impostas em acordo de transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995) não há, em razão da ausência de previsão legal, a suspensão do curso do prazo prescricional¹²⁶.

Assim, como a lei que rege o instituto da Transação Penal não traz hipóteses que autorizam a suspensão da prescrição no caso de sua aplicação e, em respeito ao princípio da legalidade que determina que as causas suspensivas de eventual prescrição penal demandam expressa previsão legal, o entendimento consagrado encontra-se no sentido de que, não corre prescrição durante o curso da suspensão do processo em caso de transação penal.

2.2.2. Suspensão Condicional do Processo

Trata-se de um instituto consensual ofertado pelo MP, após o oferecimento da denúncia com a consequente abertura de processo de persecução criminal. Assim, como a própria nomenclatura sugere, exige-se a existência de um processo penal em curso, diferentemente do que acontece com a composição civil ou a transação penal.

Desse modo, sendo oferecida a denúncia pelo *parquet* e estando presentes os requisitos ensejadores da suspensão condicional do processo, cabe ao MP oferecer a proposta de suspensão. Segundo Ada Pelegrine, nessa hipótese, o que se tem, “em síntese, em termos conceituais, é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante determinado período de prova¹²⁷”.

Dessa forma, consolidado o plano traçado com o consenso do acusado, cumpridas todas as determinações acordadas, resulta extinta a punibilidade. Ou seja, desaparece a pretensão punitiva do Estado decorrente do fato punível descrito na denúncia¹²⁸.

Os pressupostos que autorizam que o acusado possa usufruir da proposta de suspensão condicional do processo (também chamada de *sursis processual*), encontram-se elencados no art. 89 da Lei nº 9.099/95. São eles:

Em primeiro lugar, faz-se necessário que o suposto autor do fato tenha sido processado pela prática de conduta infracional penal cuja pena mínima seja de até um ano, inclusive os

¹²⁶ Processo: RHC 80148 / CE - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS: 2017/0007084-6. Relator(a): Ministro Antônio Saldanha Palheiro (1182). Órgão Julgador: T6 – Sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Data do Julgamento: 01/10/2019. Data da Publicação/Fonte: DJe 04/10/2019. RMDPPP vol. 92 p. 129. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio - **Juizados especiais criminais**: comentários à lei nº 9.099/95, de 26.09.1995. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126.

¹²⁸ Idem, **Ibidem**.

que não são abarcados pela lei dos juizados especiais, outrossim, devem estar presentes os requisitos elencados no art. 77 do CP-B¹²⁹ (suspensão condicional da pena), especialmente no que se refere às circunstâncias subjetivas e objetivas, respectivamente, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime.

Cumpra esclarecer que, a suspensão condicional do processo não se confunde com a suspensão condicional da pena. Esta exige sentença condenatória para sua aplicação, ficando suspensa apenas a execução da pena aplicada, enquanto naquela não há sentença, o processo fica suspenso antes mesmo da fase instrutória.

Além disso, o acusado não pode estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime. Importa informar que, com relação à condenação anterior, é mister frisar que o prazo de 5 (cinco) anos estipulado pelo art. 64, inciso I do CP-B¹³⁰, deve ser respeitado para fins de aplicação do instituto. Ou seja, transcorrido os 5 (cinco) anos previstos na norma, a suspensão condicional do processo pode ser perfeitamente aplicável ao acusado.

Vale ressaltar uma razoável diferença entre os requisitos autorizadores para a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo e o da transação penal. Enquanto nesta, não cabe proposta de transação se o acusado tiver sido condenado por sentença definitiva à pena privativa de liberdade em outro processo; no caso do instituto da suspensão, o requisito é bem mais rígido, posto que o simples fato de responder a um processo penal já proíbe o acusado de usufruir do benefício. Tal situação tem recebido críticas doutrinárias que entendem que tal exigência acaba por ferir o princípio da inocência.

Defendem alguns doutrinadores¹³¹ que, a existência de outro processo criminal em curso não pode, por si só, justificar uma recusa em ofertar e conceder a suspensão condicional. Essa negativa significaria punir o acusado antes mesmo de seu julgamento final, aplicando um juízo de desvalor para quem sequer teve seu caso penal definitivamente julgado¹³².

¹²⁹ Conforme dispõe o art. 77, do Código Penal Brasileiro: “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

¹³⁰ Assim dispõe o art. 64, Inciso I, do Código Penal: “Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

¹³¹ Nesse sentido, encontra-se a posição de Francine Nunes. (ARANTES, Francine Nunes - **Justiça consensual e eficiência no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2015, p. 53-54. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/26360>.)

¹³² LOPES JUNIOR, Aury - **Direito processual penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 957-958.

Lado outro, também se encontra na doutrina brasileira autores que entendem que não há que se falar em violação ao princípio da inocência¹³³. Nesse sentido, leciona Rosimeire Leite, “Ao que parece, porém, o objetivo do instituto é beneficiar, primordialmente, um perfil específico de indivíduos que não demonstre envolvimento com condutas delitivas¹³⁴”.

Para essa corrente de pensamento, a exigência de que o imputado não esteja respondendo a outros processos nem tenha sido condenado anteriormente, revela, em tese, ser a sua personalidade compatível com o tratamento mais brando¹³⁵.

Ora, em que pese as críticas mencionadas, parece claro que o legislador ordinário pretendeu impedir que o agente se beneficiasse da suspensão condicional em vários processos e de forma simultânea.

Resta claro que o intuito do legislador ao fazer essa exigência foi tão somente impedir que o acusado obtenha o mesmo benefício em vários processos, desacreditando o instituto, por favorecer a impunidade de criminosos habituais.

Ressalte-se que, o momento processual para a propositura da proposta de suspensão se dá quando do oferecimento da denúncia, nos termos do supracitado art. 89, da Lei nº 9099/95. Todavia, nada impede que seja apresentada em ocasião posterior, inclusive na fase recursal. Para isso, exige-se que as circunstâncias iniciais que não permitiram a oferta da proposta, tenham sofrido modificação no curso da demanda.

Pode-se citar, como exemplo, a situação em que o acusado foi processado por dois crimes em concurso, cuja cumulação das penas aplicadas impediu a suspensão condicional do processo, justamente por aumentar a pena mínima para patamar superior a um ano. Porém, após o julgamento dos delitos, o acusado foi absolvido em um dos delitos e a pena aplicada ao outro crime permitiu a suspensão condicional do processo¹³⁶.

Nesse sentido, resta sumulado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através da Súmula 337 que assim dispõe: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva¹³⁷”.

¹³³ Veja-se as lições de HOPPE, Harold - **O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal: perspectivas e possibilidades no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). [Em linha], 2018, p. 157. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/180890>.

¹³⁴ LEITE, Rosimeire Ventura - **Justiça consensual e efetividade no processo penal**. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2013, p. 156.

¹³⁵ *Idem. Ibidem.*

¹³⁶ Exemplo retirado da obra **Direito processual penal**, de Aury Lopes Junior, p. 957-958.

¹³⁷ Súmula 337, aprovada pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e publicada no Diário Oficial da Justiça (DJe) em 16/05/2007. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2197/Sumulas_e_enunciados.

A suspensão pode ser proposta pelo órgão acusador por período que varia de dois a quatro anos. Nesse período, o acusado pode ser submetido a determinadas medidas contidas na lei.

Tanto o período de suspensão quanto as medidas aplicadas serão estipulados a partir da análise das circunstâncias fáticas da conduta criminosa, bem como dos requisitos subjetivos do acusado, tais como a culpabilidade, os antecedentes criminais, a conduta social e personalidade deste.

No que diz respeito às medidas, a lei determina quatro condições que podem ser aplicadas ao acusado, nos termos do art. 89, §1º, da Lei nº 9099/95, cumulativamente ou não, dependendo do caso concreto. São elas:

- 1) Reparar o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- 2) Proibição de frequentar determinados lugares;
- 3) Proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem a autorização do juiz;
- 4) Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para justificar e informar suas atividades.

Ressalta-se ainda que, o magistrado pode especificar outras condições não estipuladas na lei, desde que sejam adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, consoante disposto no art. 89, § 2º da legislação regente.

Ademais, não se olvide que a proibição de frequentar determinados lugares deve ser baseada na conduta criminosa praticada. Isso é, se o crime foi cometido em casas noturnas e bares, por exemplo, o réu pode ser impedido de frequentar esses lugares específicos.

Destaca-se que a defesa técnica não deficitária se faz imprescindível para o acusado, a fim de que suas garantias processuais sejam asseguradas e que sua manifestação de vontade não seja viciada. Portanto, a proposta deve ser aceita e analisada não somente pelo acusado, mas também, por seu defensor na presença do juiz.

Acatado o acordo, o magistrado, se receber a denúncia, poderá suspender o processo e submeter o acusado as condições elencadas acima. Se forem cumpridas no período determinado, sem qualquer revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade do agente, nos termos do art. 89, § 5º da Lei. Assim, nas palavras de Rosimeire, “(...) fica evidente que o dispositivo legal em análise tem repercussões não só processuais, mas também na esfera do direito material, erigindo-se o cumprimento à categoria de causa extintiva de punibilidade¹³⁸”.

¹³⁸ LEITE, Rosimeire Ventura - **Justiça consensual e efetividade no processo penal**. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2013, p. 158.

Assim como na transação penal, na suspensão condicional do processo também não existe direito subjetivo do acusado à proposição do acordo pelo órgão acusador. Em verdade, vigora um poder-dever deste, cuja obrigação é a de apresentar a proposta de suspensão estando presentes os requisitos legais autorizadores no caso concreto.

Nesse sentido, defende Ada Pelegrini *et alii* que, diante dos requisitos legais autorizadores da oferta de suspensão condicional do processo, o Ministério Público “tem que atuar em favor da via alternativa eleita pelo legislador¹³⁹”. Se quem determinou a política criminal consensual foi o Legislador, cabe ao MP cumpri-la.

Se o acusado, durante o período de prova, for processado por outro crime ou não reparar o dano, podendo fazê-lo, terá a suspensão do seu processo revogada automaticamente, nos termos do art. 89, § 3º, art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Ademais disso, a revogação da suspensão do processo pode ocorrer também mesmo depois de transcorrido o período de prova, desde que os fatores ensejadores da revogação tenham acontecido durante a vigência do referido período.

Por outro lado, existem hipóteses de revogação facultativa da suspensão, cuja decisão ficará a critério do magistrado, nos casos em que o acusado for processado por contravenção penal ou descumpra alguma condição imposta no acordo, consoante disciplina o art. 89, § 4º, da lei dos juizados.

No que se refere à fiscalização da execução das condições estabelecidas na suspensão do processo, a competência é do juízo processante e não do juízo das execuções. Isso porque, “a Lei de Execuções Penais¹⁴⁰ possui competência somente após o trânsito em julgado da sentença e, em se tratando de suspensão do processo, não existe pena e nem sentença de mérito transitada em julgado¹⁴¹”.

Nesse diapasão, havendo revogação do acordo por qualquer motivo justificado, o processo retorna ao seu procedimento normal. Todavia, assevera-se que, diferente do que acontece na transação penal, não correrá a prescrição no *sursis* processual, tendo em vista o disposto no art. 89, § 6º, da Lei nº 9.099/95. Portanto, enquanto o processo está suspenso para o cumprimento das medidas impostas ao acusado, a prescrição permanece incólume.

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio - **Juizados especiais criminais**: comentários à lei nº 9.099/95, de 26.09.1995. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

¹⁴⁰ Lei nº 7.210/1984 – Instituiu a Lei de Execução Penal no ordenamento jurídico brasileiro. Vide arts. 105 e 147.

¹⁴¹ ARANTES, Francine Nunes. **Justiça consensual e eficiência no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2015, p. 54. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/26360>.

Assim, a suspensão condicional do processo constitui-se como mais um instrumento de consenso da política criminal brasileira. Uma de suas finalidades certamente é mitigar os estigmas decorrentes do processo penal, especificamente em relação aos réus primários que não possuem conduta contumaz voltada para o crime. Sua aplicação, evita, por conseguinte, a existência de uma sentença penal condenatória e de uma pena privativa de liberdade.

3.2. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013)

A lei das organizações criminosas, Lei nº 12.850/2013, não foi a primeira legislação brasileira a tratar da colaboração premiada. Diversas outras leis tratavam do tema de maneira pontual¹⁴².

Nessa linha de raciocínio, merece destaque a lei de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, Lei nº 9.807/1999. Essa legislação era tida pela doutrina e jurisprudência como a norma que trazia regras gerais sobre o tema¹⁴³.

Todavia, com o advento da Lei nº 12.850/2013 esse cenário mudou. O sistema jurídico brasileiro passou a adotar esta última legislação como referência de normas gerais porque o seu texto legal trazia procedimentos mais detalhado sobre a colaboração premiada, com requisitos mais claros e específicos acerca do instituto.

Ressalta-se que a entrada em vigor da nova lei não revogou a legislação de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e nem as outras leis especiais que tratavam do tema para condutas específicas. O que ocorreu foi o surgimento de uma norma que disciplinou várias lacunas até então existentes na aplicação da colaboração premiada.

Cumprе frisar que, o instrumento de consenso aqui tratado é fundamentalmente diferente da transação penal e da suspensão condicional do processo, tanto em relação às espécies de crimes abarcados quanto pelos objetivos almejados.

Como se viu anteriormente, a transação penal é aplicada a crimes de menor potencial ofensivo, isto é, contravenções penais ou crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos. Já a suspensão condicional do processo é aplicada a crimes de média gravidade, cuja pena mínima não ultrapasse um ano.

Por outro lado, a colaboração premiada pode ser aplicada em crimes praticados por organizações criminosas, ou seja, condutas gravíssimas¹⁴⁴, cujas penas máximas ultrapassam

¹⁴² Conforme leciona Luiz Flávio Gomes, “A colaboração premiada não é instituto exclusivo da Lei 12.850/2013. Este mesmo instituto é também tratado em outros diplomas sob a denominação “delação premiada”, tais como:

a) Artigo 8º, parágrafo único da Lei 8.072/1990;

b) Artigo 159, § 4º do CP (extorsão mediante sequestro);

c) Artigo 25, § 2º da Lei 7492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional);

d) Artigo 16, parágrafo único da Lei 8.137/1990 (crimes contra a ordem econômica e financeira);

e) Artigo 1º, § 5º da Lei 9.613/1998 (com redação dada pela lei 12.693/2012);

f) Artigos 13 e 14 da Lei 9.807/1999;

g) delação via acordo de leniência prevista nos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/2011;

h) Artigo 41 da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes)”. (GOMES, Luiz Flávio et al. **Lei de rogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 03-04).

¹⁴³ *Idem., Ibidem.*

quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013.

Dessa forma, no presente instituto o legislador claramente ampliou a direção da política criminal voltada ao consensualismo, consolidando a sua aplicação a condutas graves.

Assim, os objetivos buscados pelo legislador na Lei nº 12.850/2013 são diferentes dos existentes na Lei nº 9.099/1995. Em relação à lei dos juizados, a busca é por celeridade e informalidade do procedimento, com vistas à aceleração do processo e menos custos para o Estado. Já no que diz respeito à lei da colaboração, o intuito é facilitar a obtenção de provas na persecução penal¹⁴⁵, objetivando a elucidação de crimes mais graves e de difícil solução, como os praticados por organizações criminosas.

Certamente que o instituto da colaboração premiada demonstra a evolução no tratamento dado ao consenso no ordenamento jurídico brasileiro. A relevância da lei da colaboração tem se mostrado notória, tendo sido, inclusive, objeto de atualização legislativa recente a partir da entrada em vigor do chamado “pacote anticrime”, instituído pela Lei nº 13.964/2019.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a colaboração premiada tem como fundamento a teoria dos jogos criada por *John Von Neumann e Oskar Morgenstern*. Essa teoria propõe um teorema matemático que torna a atividade policial mais científica, compreendendo a investigação como uma situação na qual os participantes (criminosos) são colocados em posições antagônicas, em que o silêncio pode ocasionar penalidades mais graves.

Nesse sentido, da teoria dos jogos decorre o chamado “Dilema do Prisioneiro”¹⁴⁶ formulado por *Merrill Flood e Melvin Dresher*. Luiz Flávio Gomes exemplifica essa teoria da seguinte maneira:

Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os condenar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um

¹⁴⁴ Conforme disposto no art. 61 da Lei nº 9099/95: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

¹⁴⁵ Segundo o disposto no art. 3º-A, da Lei nº 12.850/2013, “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

¹⁴⁶ Segundo explica Abrantes, “O dilema do prisioneiro é um jogo, de soma nula. Neste jogo, existe uma espécie de vasos comunicantes entre as ações dos jogadores, onde o ganho de um, depende do prejuízo de outro (s). Em geral, a solução escolhida como solução ótima, é associada a tomada das ações, porque nenhum dos jogadores pode ser recompensado por um desvio qualquer do curso das ações, pelo risco que tal comportamento não favoreça os outros adversários. (ABRANTES, Maria Luísa - **A teoria dos jogos e os oligopólios**. Luanda: Multitema, 2004, p. 73).

leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir?¹⁴⁷.

Dessa ideia se depreende que a existência de colaboração pode ajudar na elucidação de crimes graves, ainda mais quando há estruturação organizada de criminosos. Certamente que a existência do instituto gera no investigado o receio de que, caso não delate, possa ser delatado.

Ademais, mostra-se mais vantajoso colaborar e receber os benefícios do que arriscar e ter uma pena mais grave.

Ressalta-se que, a referência a uma suposta situação mais vantajosa pode ser benéfica aos que de fato praticaram condutas delitivas. Se o suposto autor do fato for inocente, sempre caberá a ele deixar o processo seguir seu curso e provar a sua inocência.

A colaboração premiada é um mecanismo muito criticado pela doutrina que entende que tal instrumento é um estímulo às condutas antiéticas e à traição entre os agentes. Revela, muitas vezes, uma atuação processual desleal por parte do Estado que pode, inclusive, condenar inocentes. Até porque, o agente inocente desconhece os demais criminosos e nada tem a oferecer em troca da premiação. Esse é o maior risco da prática premial no processo penal, acabar por condenar um inocente.

Nesse sentido, leciona Germano Marques da Silva, “há que ponderar que a ordem pública é mais perturbada pela violação das regras fundamentais da dignidade e da rectidão na actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam (...)”¹⁴⁸.

A colaboração é um negócio jurídico processual, utilizado como meio de obtenção de prova. Nesse instituto, as partes entram em acordo sobre a possibilidade de se obter benefícios processuais, em contraprestação aos resultados alcançados pelas provas apresentadas pelo investigado. Portanto, deve haver utilidade e interesse público para existência do acordo.

Diferentemente do que acontece na transação penal ou na suspensão condicional do processo, em que o acusado, em regra, apenas adere a proposta formulada pelo MP, na colaboração há de fato um acordo sobre as cláusulas do negócio. O acusado possui um papel

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da - **Criminalidade organizada e justiça penal negociada**: delação premiada. Natal. FIDES, v.6, n. 1, p. 164-175, jan./jun., 2015. p. 172.

¹⁴⁸ SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expedidos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). In: **Lusíada. Direito**. Lisboa, nº 3 (2005), p. 76. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/MEIOS%20PROCESSUAIS%20EXPEDITOS%20NO%20COMBATE%20(1).pdf.

mais ativo, podendo requerer determinados benefícios que poderão ser concedidos pelo celebrante, caso este acredite que as provas apresentadas justifiquem a vantagem.

A proposta de acordo deve ser confidencial, tanto para proteger o colaborador quanto para não prejudicar as investigações. Consoante disposto no art. 3º-B, da lei regente, essa confidencialidade existe desde o recebimento da proposta, sendo a sua divulgação considerada violação de sigilo e quebra de confiança e da boa-fé¹⁴⁹.

Outrossim, esse sigilo deve permanecer até o recebimento da denúncia ou queixa, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese, conforme disciplina o art. 7º, §3º, da Lei nº 12.850/2013. Destaca-se que essa vedação passou a existir após a entrada em vigor do “pacote anticrime” através da Lei nº 13.964/2019 que alterou o conteúdo do referido dispositivo.

Para o acordo de colaboração premiada, a lei regente, em seu art. 3º-B, §2º¹⁵⁰, determina que seja pactuado um Termo de Confidencialidade para que este possa prosseguir. Esse termo vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento sem justa causa da proposta. Trata-se, assim, de mais uma garantia ao colaborador que não terá seu pacto recusado sem nenhuma justificativa ou fundamentação idônea.

Ainda no que se refere à confidencialidade da proposta, caso o celebrante não realize o acordo por sua própria iniciativa, não poderá usar as provas ou informações apresentadas de boa-fé pelo colaborador. Tal disposição encontra-se no art. 3º -B, §6º, da lei de organização criminosa e constitui-se numa inovação também trazida pelo “pacote anticrime”.

Além disso, os termos de confidencialidade e de recebimento da proposta serão realizados pelo celebrante e assinados por este, pelo colaborador e por seu advogado ou defensor, nos termos do art. 3º-B, §5º, da Lei nº 12.850/2013. Ou seja, faz-se imprescindível a participação do advogado do delator nas tratativas¹⁵¹. A presença do defensor visa a garantir a

¹⁴⁹ Conforme disposto no art. art. 3º-B, da Lei nº 12.850/2013: “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”.

¹⁵⁰ Nos termos do art. 3º -B, § 2º, da Lei nº 12.850/2013, “Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa”.

¹⁵¹ Conforme dispõe o art. 3º-C, da lei de colaboração: “A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público. § 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

manifestação livre, consciente e inequívoca do acusado, a fim de que não existam vícios que maculem o acordo, como, por exemplo, ameaças àquele.

Nesse sentido, lecionam Suxberger e Mello, “(...) a manifestação livre do colaborador é assegurada pelo pleno conhecimento da situação em que se encontra e pela ampla gama de instrumentos colocados em seu favor por meio justamente da atuação livre do advogado¹⁵²”.

Na realização do acordo, conforme inteligência do art. 3º-C, §§ 3º e 4º, da Lei nº 12.850/2013, o colaborador deve indicar todos os atos ilícitos que praticou e/ou que tenham relação direta com a situação investigada, instruindo a proposta com a descrição adequada dos fatos e todas as suas circunstâncias.

Assim, cabe ao colaborador, indicar todas as provas e elementos de corroboração necessários para confirmar a sua delação. Apesar de ser uma exigência óbvia ao cooperante, passou a constar na legislação de maneira explícita apenas recentemente com o “pacote anticrime”.

Obviamente que essa colaboração exigida pela lei traz questionamentos por parte da doutrina, sobretudo no sentido de apontar que, a legislação regente pode acabar por beneficiar os agentes mais envolvidos no crime e que, por isso, terão mais elementos para colaborar, prejudicando, assim, aquele que manifeste um desejo genuíno de colaborar com a investigação, dizendo tudo que sabe, mas que apresenta poucas provas dos delitos praticados.

Conforme inteligência do art. 4º, §6º, da Lei nº 12.850/2013, a formalização do acordo de colaboração premiada poderá ser realizada entre o delegado de polícia e o investigado e seu defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou somente entre o *parquet* e o investigado ou acusado e seu defensor.

Dessa esteira de raciocínio, depreende-se que o delegado pode realizar o acordo durante a fase investigatória e o MP poderá fazê-lo tanto durante as investigações quanto em qualquer fase do processo.

Vale ressaltar que, nos termos do art. 4º, §6º, da lei regente, o juiz não poderá participar das tratativas do acordo de colaboração. Obviamente que se faz necessário que o magistrado tenha imparcialidade e esteja equidistante das partes, razão pela qual não poderá participar da elaboração do acordo. Além do mais, o julgador não é titular da ação penal, portanto, não poderá modificar as cláusulas do acordo.

¹⁵² SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de - A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017, p. 207.

De acordo com o disposto no art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, os celebrantes podem oferecer os seguintes benefícios ao colaborador:

a) Perdão Judicial¹⁵³, que nos termos do art. 4º, §2º da lei pode ser requerido ou representado ao juiz a qualquer tempo considerando a relevância da colaboração prestada, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial;

b) redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços);

c) conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Cumpra esclarecer que, esses benefícios serão concedidos pelo magistrado quando da prolação da sentença, desde que da colaboração advenham determinados resultados previstos em lei¹⁵⁴ e que os requisitos subjetivos e objetivos demonstrem a adequação da medida¹⁵⁵. Assevera-se que os benefícios serão sempre proporcionais aos resultados alcançados.

Ademais disso, o Ministério Público pode deixar de oferecer até mesmo a denúncia, desde que o colaborador não seja líder da organização; que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração e que o acordo se refira a infração cuja existência não era de conhecimento do órgão ministerial.

Ressalte-se que esta última exigência do MP para deixar de oferecer a peça acusatória foi instituída pelo “pacote anticrime”. Antes da entrada em vigor da lei anticrime, só havia na lei da colaboração as duas primeiras condições. Tal fato demonstra que o legislador buscou tornar mais difícil a aprovação desse benefício específico, qual seja, o não oferecimento da denúncia. Assim, tal concessão apenas se aplica a situações nas quais o colaborador apresenta informações sobre um crime desconhecido pelo *parquet*.

¹⁵³ Segundo leciona Guilherme de Souza Nucci, perdão judicial “é a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. Trata-se de uma autêntica escusa absolutória, que não pode ser recusada pelo réu. (NUCCI, Guilherme de Souza - **Código Penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 564).

¹⁵⁴ Nos termos do art. 4º, da lei regente: “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”.

¹⁵⁵ Consoante dispõe o art. 4º, § 1º, da lei da colaboração: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

A lei esclarece ainda, em seu art. 4º, § 4º-A, que se considera existente o conhecimento prévio da infração quando existam inquéritos ou procedimentos de investigação já instaurados para a apuração dos fatos narrados pelo colaborador.

Ademais, mostra-se importante não confundir o arquivamento da investigação com essa possibilidade de não oferecimento da denúncia. Isso porque, o arquivamento ocorre quando não há base para o oferecimento da denúncia. Já em relação ao benefício do não oferecimento da denúncia, existe justa causa para a sua oferta, todavia, o órgão acusador opta por não a oferecer em razão das informações apresentadas pelo colaborador.

Outra diferença reside no fato do não oferecimento da denúncia ser ato condicionado a certas exigências legais, já apresentadas em linhas pretéritas e em conformidade com o art. 4º, *Caput* e incisos I a V, e §4º, da lei da colaboração, que caso não sejam cumpridas dão ensejo novamente à oferta da acusação.

Já o arquivamento é um ato incondicionado, só podendo ser revisto em caso de surgimento de novas provas¹⁵⁶.

Outrossim, cabe ao colaborador repassar todas as informações de que tenha conhecimento acerca do crime investigado, agindo de boa para que o acordo seja efetivado. Do contrário, ocorre a rescisão do acordo¹⁵⁷.

Assim, o papel do colaborador assume a função de auxiliar do órgão acusador na persecução penal, porquanto busca comprovar os termos de seu acordo com o objetivo de gozar dos benefícios acordados.

Nesse caso, o acusado não procura demonstrar a sua inocência, mas almeja mitigar sua pena ou até mesmo extingui-la, dependendo dos termos acordados. Inclusive, conforme disciplina o art. 4º, §14, da lei analisada, nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu advogado, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, demonstrando que renunciou às suas garantias legais voluntariamente.

Nas palavras de Nestor Távora e Alencar, “(...) o colaborador será denunciado junto com os outros réus, mas irá dispor da face subjetiva do seu direito fundamental à ampla

¹⁵⁶ Consoante determina o art. 18, do Código de Processo Penal: “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”.

¹⁵⁷ Sustenta o art. 4º, § 17, da lei de regência que: “O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração” e § 18:” O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão”.

defesa e ao contraditório, passando a participar do processo na qualidade de testemunha do MP¹⁵⁸”.

Salienta-se que, conforme preceitua o art. 4º, §3º da lei em análise, para se cumprirem as medidas de colaboração, o prazo para o oferecimento da denúncia ou o próprio processo, relativo ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, suspendendo-se também o prazo prescricional.

Após a realização do acordo, serão remetidos ao magistrado, o respectivo termo, as declarações do colaborador e a cópia da investigação, para análise e homologação. Será necessário, ainda, ouvir o cooperador na presença de seu advogado¹⁵⁹.

Na homologação, não há análise de mérito. O juiz apenas analisa se a proposta apresenta os requisitos exigidos por lei, confirmando se há regularidade e legalidade no acordo, bem como, se há adequação dos benefícios concedidos com os resultados almejados. Analisa ainda se existe voluntariedade na manifestação do colaborador, notadamente quando este está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Conforme os ensinamentos de Suxberger e Mello, se ocorrer a decretação de prisão preventiva com o objetivo de provocar a colaboração do acusado, essa prisão é ilegal pois está sendo utilizada de forma indevida visando coagir o investigado.

Nesse sentido, assim se manifestam os supracitados autores, “em outras palavras, a prisão preventiva não pode ser utilizada como instrumento de obtenção de provas, pois essa não é a sua finalidade” que, em verdade, relaciona-se com a “garantia do processo e da persecução penal¹⁶⁰”.

¹⁵⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 107.

¹⁵⁹ Conforme disciplina o art. 4º, § 7º da lei analisada: “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”.

¹⁶⁰ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de - A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017, p. 213-214.

Obviamente que, ao não respeitar a finalidade da prisão preventiva, distorcendo seus objetivos, “concretiza-se a coação por parte do aparato estatal e, assim, a violação ao requisito da voluntariedade¹⁶¹” em relação à colaboração do acusado.

Percebe-se no bojo da lei analisada que o legislador atribuiu grande importância à manifestação voluntária, livre e inequívoca do colaborador, inclusive impondo ao juiz a obrigação de ouvi-lo antes da homologação do acordo, justamente para assegurar a existência de um acordo de vontades livre de vícios de consentimentos e coações por parte do órgão acusador.

Como garantia ao acusado e à própria investigação, o pedido de homologação deve ser sigiloso, contendo informações que não permitam identificar o colaborador ou o objeto da colaboração. As informações detalhadas serão destinadas diretamente ao juiz que terá 48 (quarenta e oito) horas para decidir sobre a homologação, nos termos do art. 7º, *Caput* e § 1º, da lei analisada.

Além do mais, com base no disposto no art. 7º, §2º, da lei, o acesso aos Autos deverá ser restrito ao magistrado, ao MP, ao delegado de polícia e ao defensor do colaborador. A este é assegurado amplo acesso aos elementos de prova já colacionados ao processo que digam respeito ao direito de defesa, desde que não se refiram a diligências em andamento e sejam devidamente precedidos de autorização judicial.

Mister esclarecer que, a homologação do acordo é diferente de sua apreciação em sentença. Enquanto na homologação do acordado se analisa o cumprimento dos requisitos legais, no momento de prolação da sentença ocorre o exame de mérito do pactuado a partir de todas as provas colhidas durante a instrução.

Como os benefícios da colaboração são concedidos por sentença¹⁶², a análise nessa fase, realizada pelo magistrado, deve ser mais meticulosa, devendo ocorrer a fundamentação das concessões ofertadas ao acusado, demonstrando os resultados alcançados pela delação, ou seja, sua eficácia.

Importa também apresentar, nos termos do art. 4º, §10, da lei em análise, a possibilidade de retratação, pelas partes, da proposta de colaboração, hipótese na qual as provas apresentadas pelo colaborador não poderão ser usadas, exclusivamente, em seu desfavor. Trata-se, pois, de mais uma garantia legal ao delator que, mesmo retratando-se do acordo, não poderá ser incriminado com base apenas nas provas que trouxe aos autos.

¹⁶¹ *Idem. Ibidem.*

¹⁶² Consoante disposto no art. 4º, § 11, da lei de colaboração: “A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

Acerca da retratação, disserta Américo Bedê Jr:

A ideia de retratação sugere oportunidade e conveniência, não cabendo ao juiz imiscuir-se nessa esfera de autonomia das partes. Deve o magistrado, todavia, valorar todas as provas trazidas que possam incriminar terceiros, uma vez que a retratação não impede essa análise¹⁶³.

Ademais, consoante disposto no art. 4º, §16º, da lei analisada, embora o acordo de colaboração premiada seja considerado um meio de prova, este jamais poderá ser usado como o único fundamento para a condenação, bem como único fundamento para a aplicação de medidas cautelares ou para o recebimento de denúncia ou queixa.

Dessa forma, em que pese não ser regra no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de provas tarifadas, o legislador entendeu necessário determinar que as declarações do colaborador não teriam o mesmo peso das provas colhidas na instrução, as quais estão sob o crivo do contraditório.

Nesse diapasão, a lei, em seu art. 19, também instituiu como crime a conduta de imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas, aplicando-lhe a pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Nessa hipótese, nem mesmo a posterior retratação da delação será capaz de extinguir a punibilidade ou tornar atípica a conduta, uma vez que se trata de crime formal, não exigindo, desse modo, a ocorrência de resultado naturalístico para sua consumação.

Cabe ainda informar os direitos que a lei concedeu expressamente ao colaborador em seu art. 5º, quais sejam:

O primeiro direito manifestamente consagrado na legislação ao cooperador diz respeito à possibilidade de o mesmo usufruir das medidas de proteção previstas em legislação específica. Pode-se citar, como exemplo, as garantias previstas no art. 7º da lei de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas¹⁶⁴.

¹⁶³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; Coura, Alexandre - Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impreso), v. 969, p. 149-159, 2016, p. 155.

¹⁶⁴ Nos termos do art. 7º, da Lei nº 9807/1999, de 13 de julho: “Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente, em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - Segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - Escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - Preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

Assim, para proteger a identidade e integridade física do colaborador, a lei determinou que este deve ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas. Deve ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes.

Além disso, deve participar das audiências sem contato visual com os outros acusados e não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito¹⁶⁵.

Por fim, também se constitui direito do colaborador cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus e condenados.

Dessarte, constata-se que a colaboração premiada é um instituto consensual bem mais complexo que a transação penal e a suspensão condicional do processo, na medida em que trata de condutas mais graves e tem o intuito de facilitar as investigações dos crimes praticados por organizações criminosas.

Conforme restou demonstrado em linhas pretéritas, da análise desse instituto decorrem diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, que inclusive, levaram a modificações legislativas recentes com o “pacote anticrime”, através da Lei nº 13.964/2019.

Assevera-se, ainda, que não se pretende no presente estudo esgotar os debates sobre o tema, mas sim fomentar a análise do aludido instrumento de consenso e de suas recentes alterações.

V - Ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - Suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - Apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro”.

¹⁶⁵ Nesse sentido, a lei da colaboração premiada, buscando proteger a identidade do delator, tipificou em seu art. 18 a seguinte conduta: “art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

Capítulo 3: ACORDOS PENAIS NOS ORDENAMENTOS DE PORTUGAL E DO BRASIL

O chamado “Acordo sobre Sentenças” em Portugal e “Acordo de Não Persecução Penal” no Brasil são medidas processuais de intervenção mínima que têm como principal objetivo proporcionar eficiência nas decisões, desburocratizando o caminho processual penal do infrator.

Assim, tais institutos inserem-se dentro de uma política criminal que objetiva a não estigmatização do agente, a celeridade da resposta estatal e até mesmo, eventual satisfação da vítima pela reparação dos danos causados pelo acordante ou acusado.

Conforme restará demonstrado nas linhas abaixo, em Portugal, essa medida despenalizadora encontra-se em fase de discussão e elaboração de proposta legislativa. Já no Brasil, o instituto já se encontra normatizado.

3.1. Do Acordo Sobre Sentenças em Portugal

Em Portugal, as ferramentas que objetivam abreviar o curso da persecução penal começaram a se destacar, especialmente, a partir do Código de Processo Penal (CPP-P) de 1987, com a adoção de mecanismos de diversão processual como o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280º, CPP-P), a suspensão provisória do processo (art. 281º, CPP-P), institutos esses analisados no capítulo 2 da presente dissertação, bem como os processos sumário e sumaríssimo (arts. 381º e 392º, CPP-P) e a mediação penal prevista na Lei nº 21/2007 de 12 de junho.

Por óbvio, a opção por esses institutos de consenso, expressa a preferência do legislador em apresentar métodos alternativos na administração da justiça penal de crimes de pequena ou média gravidade.

Especificamente em relação ao instituto denominado de “Acordo Sobre a Sentença” trata-se de uma proposta trazida pelo Professor Figueiredo Dias para o Ordenamento Jurídico Português. Traduz-se, assim, num mecanismo mais célere e eficaz na resolução de conflitos penais, valorizando a participação dos sujeitos processuais e a confissão do arguido.

Nesse sentido, os referidos acordos no processo penal lusitano, se assentam na determinação do limite máximo da pena a ser aplicada, fundado na confissão em julgamento dos fatos que são imputados ao arguido na acusação ou na pronúncia. Assim, compete ao

tribunal controlar e comprovar a validade e a credibilidade da confissão e determinar a pena concreta a ser cumprida pelo arguido, dentro dos limites estabelecidos no acordo alcançado.

Seguindo nessa linha de raciocínio, cumpre destacar que, a primeira tentativa de aplicação desse instituto em Portugal ocorreu no processo denominado “Remédio Santo¹⁶⁶”, cujo julgamento se iniciou em 19 de fevereiro de 2013, no Tribunal de Monsanto em Lisboa. Naquela oportunidade, concedeu-se ao Ministério Público e aos advogados dos 18 arguidos envolvidos, uma semana para negociarem um acordo de sentença.

Ressalte-se que, sobre o tema, a Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa já havia emitido a Orientação nº 1/2012, na qual sugere aos magistrados do Ministério Público do Distrito, a ponderação acerca da importância deste instituto para a melhoria da justiça penal, mostrando-se favorável à sua aplicação e sugerindo o compartilhamento dos “procedimentos utilizados, de forma a facilitar a partilha de boas práticas e a favorecer a dinamização da utilização do instituto noutras comarcas¹⁶⁷”.

De igual modo, na esteira dessa manifestação, a Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, através do Memorando “Justiça Negociada – Acordos de Sentença em processo penal”, com data de 19 de janeiro de 2012¹⁶⁸, também vislumbrou como oportuno a aplicabilidade desse mecanismo.

No entanto, de modo contrário às manifestações das Procuradorias-Gerais Distritais de Lisboa e Coimbra, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), através de Acórdão no Processo 224/06.7GAVZL.C1.S1, decidiu que,

O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença; constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar¹⁶⁹.

¹⁶⁶ A imprensa portuguesa assim denominou o processo em que o Tribunal Central de Lisboa deu como provada a associação criminosa numa burla ao Serviço Nacional de Saúde (SNS). Dos 18 arguidos, 16 foram condenados e duas pessoas foram absolvidas. Os condenados, além das penas, estão obrigados a pagar uma indenização de 3,35 milhões de euros, o mesmo valor que se apurou ser a burla. (Processo Remédio Santo: penas efetivas até nove anos de prisão a 13 arguidos. In: Diário de Notícias. Portugal. [Em linha]. Publicado em 19/12/2014. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/processo-remedio-santo-penas-efetivas-ate-nove-anos-de-prisao-a-13-arguidos-4306014.html>

¹⁶⁷ ORIENTAÇÃO Nº 1/2012 emitida pela Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. [Em linha]. Data da Orientação: 13/01/2012. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: https://www.pgd LISBOA.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html.

¹⁶⁸ MEMORANDO “Justiça Negociada – Acordos de Sentença em processo penal” publicado pela Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra. [Em linha]. Data do memorando: 19/01/2012. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>.

¹⁶⁹ Acórdão: Processo nº 224/06.7gavzl.c1.s1, do Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [Em linha]. Relator: Santos Cabral. Data do acórdão: 10/04/2013. [Consult. 10. Mar. 2021]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>.

Seguindo essa mesma trilha de entendimento, a Procuradoria-Geral da República, inviabilizou a solução de acordo de sentença em Portugal, emitindo a Diretiva nº 2/2014, na qual argumenta que, “diversos fatores apontam para a necessidade de aprofundamento da reflexão sobre o instituto, nomeadamente as divergências entre a doutrina e a jurisprudência e a sua complexidade jurídica” além da “inexistência de determinações ou orientações similares em todas as Procuradorias-Gerais Distritais¹⁷⁰”.

Diante disso, a Diretiva determinou que os Magistrados e Agentes do Ministério Público não promovessem ou aceitassem a celebração de acordos sobre sentenças penais, inviabilizando, assim, a aplicação do instituto no caso do processo nominado “Remédio Santo”.

Assim, naquela oportunidade, a Procuradoria-Geral da República entendeu que na ausência de norma expressa, geral e abstrata, que preveja a aplicação de acordo de sentença, bem como da existência de divergências entre a doutrina e a jurisprudência lusitana, não caberia a aplicação do instituto naquele caso concreto.

Todavia, os posicionamentos foram se alterando ao longo dos anos em Portugal, dando sinais da possibilidade de convergência doutrinária e jurisprudencial sobre tema, além de eventual alteração legislativa para permitir a aplicação desse mecanismo.

Assim, seguindo nessa linha de raciocínio e compreendendo que os acordos de sentença no Processo Penal Lusitano poderão constituir uma forma alternativa de resolução dos conflitos penais, faz-se necessário, para os objetivos do presente trabalho, analisar o caminho percorrido pelos Portugueses para a implementação dessa política criminal consensual.

3.1.1. A proposta do Prof. Doutor Figueiredo Dias

Com vistas ao desenvolvimento e promoção do consenso criminal no Direito Português, Jorge de Figueiredo Dias, no ano de 2009, por ocasião do lançamento da obra “Acordos sobre a sentença em processo penal - O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?”¹⁷¹, assentou proposta de aplicação de acordos penais sobre a própria sentença no processo penal, mediante ajuste entre o Tribunal, Ministério Público e arguido. O requisito

¹⁷⁰ Diretiva nº 2/2014, expedida pela Procuradoria-Geral da República. [Em linha]. Data da Diretiva: 21/02/2014. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordo sobre a sentença em Processo Penal: O “fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

fundamental para a aplicação do referido instituto seria a confissão clara e circunstanciada do arguido quanto aos fatos contidos na denúncia ou pronúncia.

Assim, fundada na confissão em julgamento dos fatos que são imputados ao arguido na acusação ou na pronúncia, ocorreria a delimitação do limite máximo da pena a ser aplicada ao infrator da lei penal.

A sugestão do ilustre professor reside, à guisa de utilização de tal instituto ou com essas nuances por outros ordenamentos jurídicos, como o norte-americano e alemão, em que pese a inexistência de normativo legal que o contemple expressamente em Portugal, introduzir o acordo sobre sentença, com fundamento no art. 344º do CPP-P.

Conforme dispõe o supracitado art. 344º, ao tratar da confissão na fase de audiência de instrução e julgamento, permite-se, após validação da vontade do arguido, a renúncia à produção de prova e seguimento do processo para a fase de sentença.

Para o catedrático, a sugestão, apresentada em sua obra, tal como formulada, desde que sejam respeitados os princípios do processo penal e as garantias de defesa do arguido, não implica atuações “*contra legem*” ordinária ou constitucional. Até porque, defende o autor que, a implementação da proposta atenderia o dispositivo constitucional contido no art. 20º da CRP que assegura o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva através de procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade.

A sugestão do professor é que, num primeiro momento, os acordos sobre sentenças seriam adotados jurisprudencialmente, para em seguida, serem incluídos em texto legal e adensados pelos doutrinadores.

Nesse diapasão, a realização de tais acordos seria possível após o atendimento de algumas condições, quais sejam:

- a) Aplicados aos crimes cuja pena máxima não seja superior aos cinco anos, atingindo assim, a pequena e média criminalidade;
- b) Necessidade de participação dos sujeitos processuais, de modo a permitir o diálogo e atingimento das finalidades da avença, qual seja, a prevenção e reparação do delito;
- c) Que a confissão, voluntária e completa, do arguido, seja realizada até o início da fase instrutória;
- d) Que ocorra a fiscalização da voluntariedade e demais aspectos da confissão por parte do Tribunal, inclusive podendo agir oficiosamente, de acordo com seu poder-dever, verificando credibilidade e liberdade;

e) Que na moldura do acordo, contenha o estabelecimento da pena mínima e máxima, dentro dos limites da culpabilidade, cabendo ao juiz a sua fixação, observando-se os parâmetros acordados;

f) Que haja a obediência ao princípio da publicidade dos atos processuais, sendo público e constante por escrito, em ata;

g) Que conste no acordo a inexistência de renúncia do direito ao recurso;

h) Que seja assegurado ao arguido o impedimento da utilização das conversações e da confissão como elementos de provas, em caso de não realização do acordo.

A análise da proposta apresentada por Figueiredo Dias revela que ela atende aos princípios estruturantes do Processo Penal Português, como por exemplo, sua compatibilidade com o princípio da investigação, disposto no art. 340º, do Código de Processo Penal que estatui que, “o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”.

Observa-se que; tal preceito não se mostra desatendido pelo acordo de penas, uma vez que o Tribunal continuaria com o poder-dever de sindicar a confissão, verificando sua veracidade, liberdade e coerência com as demais provas dos autos.

Nesse sentido, preleciona aquele autor professor que, “um acordo não pode conduzir por si próprio e sem mais à conclusão sobre a culpabilidade do arguido a partir meramente da sua confissão e sem que o tribunal livremente se convença da justeza desta”, reforçando assim o importante papel do Tribunal na investigação dos fatos, ainda que confessados livremente pelo arguido. Até porque, defende o autor, “a confissão deve, em suma, ser comprovada na sua credibilidade e não devem ser omitidas, se indispensáveis, quaisquer diligências que conduzam ao seu esclarecimento¹⁷²”.

Certamente que a atuação do Tribunal se revela indispensável quando da realização de um acordo de penas, sobretudo para assegurar que no processo em análise, constam meios de prova que apontem claramente para a responsabilidade penal do arguido, de forma a diminuir o risco de punição de um inocente.

Nessa mesma linha de argumentação, Nuno Brandão afirma que, estando nas mãos do tribunal o poder de sindicar a fidedignidade e a veracidade da confissão, através do funcionamento do princípio da investigação, tem-se, assim, uma medida “decisiva para

¹⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordo sobre a sentença em Processo Penal: O “fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 45.

impedir que uma solução de justiça negociada resvale para um cenário incompatível com o princípio do Estado de Direito¹⁷³”.

Segundo esse mesmo autor, somente atuando o Tribunal com o poder de averiguar a fiabilidade da confissão, pode-se “precar de forma consistente as violações do princípio da culpa inerentes às confissões falsas¹⁷⁴”.

Figueiredo Dias defende que a realização de acordos em Processo Penal no Ordenamento Português não implica a alteração do modelo vigente, qual seja, o de um processo basicamente acusatório, mas tão somente uma espécie de releitura deste. Nesse sentido, ele preleciona:

O que sucede [...] é que este modelo tem agora, se quiser adequar-se à transformação ideológica, cultural, e social dos tempos ditos pós-modernos e às exigências acrescidas de eficácia processual, de ser integrado num paradigma assaz diferente do que até há pouco presidiu a toda a concepção europeia continental¹⁷⁵.

Assim, na visão do professor, o Processo Penal lusitano não deixaria de assinalar uma característica adversarial, mas este deveria “dar passos decisivos na incrementação de estruturas de consenso em detrimento de estruturas de conflito entre os sujeitos processuais¹⁷⁶”.

Seguindo nessa linha de argumentação, o autor defende que, somente desse modo, será possível oferecer um futuro ao processo penal dotado de “eficiência funcionalmente orientada”, ou seja, dar a ele uma forma de transcender “a atual sobrecarga da justiça penal sem menosprezo dos princípios constitucionais adequados ao Estado de Direito¹⁷⁷”.

Nesse diapasão, observa-se que, para o autor, o importante é que, qualquer que seja a solução concreta adotada, jamais se pode ultrapassar o ‘respeito pela dignidade da pessoa humana’, nos termos do art. 1º, da Carta Magna lusitana que decreta ser este valor a base da República Portuguesa. Logo, faz-se necessário, conjugar as garantias constitucionais de defesa do arguido, com a proteção dos bens jurídicos.

No que se refere à moldura da pena, Figueiredo Dias coloca em evidência um aspecto de extrema relevância: o limite máximo da sanção penal, que se reputa como intransponível, deve revelar-se adequado à culpabilidade do arguido.

¹⁷³ BRANDÃO, Nuno - Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de resolução. **Revista Julgar**. Nº 25 (2015), p. 174-175.

¹⁷⁴ *Idem. Ibidem.*

¹⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 16.

¹⁷⁶ *Idem. Ibidem.*

¹⁷⁷ *Idem. Ibidem.*

Ademais, não rejeita a ideia da eventualidade de o acordo incluir o estabelecimento de um limite inferior, abaixo do qual a pena não poderá descer, a partir da ótica do Ministério Público.

Nessa linha de compreensão, Souto de Moura pondera que, após a confissão do arguido, as partes devem estabelecer um limite superior para a moldura da pena, comprometendo-se o tribunal a não ultrapassar a baliza penal acordada. Assim, para o arguido, a contrapartida ou vantagem que advirá da sua confissão, cifrar-se-á, pois, no estabelecimento de um limite máximo da moldura, ou mesmo, de uma sub-moldura, a usar para a determinação da pena concreta¹⁷⁸.

Dessa forma, a confissão, portanto, pode se figurar como atenuante no estabelecimento da pena definitiva, cabendo ao tribunal ponderar sobre todas as circunstâncias do caso que relevam para a culpa e a prevenção e, em função delas, encontrar o exato *quantum* de pena.

Por fim, cabe esclarecer que, a vinculação do tribunal de não ultrapassar um determinado limite máximo, previsto no acordo, não significa que tenha sido feito um juízo antecipado de censura, tão pouco que o limite estabelecido consistirá na pena futuramente fixada.

3.1.2. Das Orientações das Procuradorias-Gerais Distritais de Lisboa e de Coimbra

Tal como anteriormente foi referido, as Procuradorias-Gerais Distritais de Lisboa e Coimbra acolheram favoravelmente as ideias do Professor Figueiredo Dias, apoiando, assim, a adoção, no Processo Penal Português, das ideias de consenso trazidas pelo catedrático, sobretudo em relação a tais acordos de pena que objetivam, nas palavras do autor, “fomentar o desenvolvimento do processo, simplificando consensualmente o alcance da verdade e a realização da justiça¹⁷⁹”.

Em relação à manifestação da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, encontra-se a Orientação n.º 1/2012¹⁸⁰, da lavra da atual Ministra da Justiça, Dra. Francisca Van Dunem. No referido documento, a procuradora-geral aduz que o Ministério Público deve atender ao apelo do Professor Figueiredo Dias, tratando-se de solução reconhecidamente inovadora, nunca antes experimentada e desafiadora dos quadros mentais atuais.

¹⁷⁸ MOURA, José Souto de. Acordos em processo penal – a propósito da obra “Acordos sobre a sentença em processo penal” do Sr. Prof. Figueiredo Dias. [Em linha]. Lisboa, p. 10. [Consult. 3 de out. 2021]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/acordos%20souto%20moura.pdf>

¹⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. Cit.*, p.50.

¹⁸⁰ ORIENTAÇÃO N.º 1/2012 emitida pela Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. [Em linha]. Data da Orientação: 13/01/2012. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html.

No discorrer de sua posição, a Ministra da Justiça expõe a importância dos princípios da celeridade e da economia processual, tão necessários ao sistema de justiça. Destaca ainda a inexistência de riscos na celebração dos acordos em razão do existente consenso entre todos os sujeitos processuais.

Ademais, a manifestação salienta ainda, a vantagem para o arguido que, diante da confissão, terá uma atenuação negociada de pena, além do ganho para o sistema penal com a economia de intimações de testemunhas, geralmente policiais.

Na recomendação justifica-se a “atenuação negociada” da pena pela “valoração do comportamento processual do agente após a prática dos fatos (art. 72.º, 1, al. e), do Código Penal”; mais se diz que “face à confissão do arguido, pode prescindir-se da restante prova (...) acelerando claramente a obtenção de uma decisão final no processo”.

Outrossim, a Ministra desta uma preocupação em relação ao momento e a natureza da intervenção do juiz no acordo, que poderá oscilar entre uma intervenção de validação/viabilização do acordo negociado entre o Ministério Público e o arguido, aferindo o *quantum* de pena e/ou um envolvimento mais ativo na negociação dos termos do acordo. Todavia, entende que cabe ao cargo dos magistrados encontrar a solução para tais controvérsias, dentro do espírito e valores do sistema lusitano.

Já em relação à manifestação da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, esta ocorreu através da publicação do Memorando intitulado “Justiça Negociada – Acordos de Sentença em Processo Penal”, com data de 19 de janeiro de 2012¹⁸¹, no qual o texto ali exarado conclama os procuradores para que interpretem e apliquem “de modo robusto e funcionalmente orientado” às leis já existentes no país sobre “possíveis” soluções de sentença negociada.

Na perspectiva da redação do referido memorando, o ordenamento jurídico lusitano já dispõe de leis que podem subsidiar a aplicação do instituto em análise, sobretudo bastante fundamentadas nos arts. 344º, do CPP-P conjugado com as disposições constantes dos arts. 72º e 73º, do CP-P, que fornece os critérios de atenuação da pena em contrapartida à colaboração do arguido espelhada na confissão.

Assim, para àquela Procuradoria, Portugal já possuía base jurídica para a aplicação do instituto “Acordo sobre Sentença”, cabendo aos Procuradores, como “motores de arranque”

¹⁸¹ MEMORANDO “Justiça Negociada – Acordos de Sentença em processo penal” publicado pela Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra. [Em linha]. Data do memorando: 19/01/2012. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>.

do sistema fazer valer sua aplicação, principalmente em vista dos ensinamentos de Figueiredo Dias no sentido de que:

(...) o Estado de Direito só pode realizar-se quando se tome seguro que o agente criminoso será, no quadro das leis vigentes, perseguido, sentenciado e punido em tempo razoável com uma pena justa. Por isso um processo penal funcionalmente orientado constitui uma exigência irrenunciável do Estado de Direito¹⁸².

Por fim, na exposição do memorando, o Procurador-Geral Distrital de Coimbra sustenta que Portugal tem tanta ou mais necessidade de que os outros países europeus de lançar mão dos instrumentos de justiça negociada. Nesse sentido, faz-se necessário, vencer as heranças judiciais e as culturas jurídicas passivas para abrir novos caminhos a serem trilhados.

Conforme narrado em linhas pretéritas, as recomendações contidas na Orientação n.º 1/2012, emitida pela Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, e no memorando publicado pela Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, foram alvo de críticas pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), através de Acórdão no Processo n.º: 224/06.7GAVZL.C1.S1¹⁸³, que, em suma, consignou que, o direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença.

Assim, o STJ entendeu que, as observações contidas tanto na Orientação n.º 1/2012 quanto no Memorando sugeriam uma forma atípica de criação de um instituto jurídico, incentivando a construção de regras procedimentais que partem do caso concreto e casuístico e não da lei formalmente existente, colidindo, assim, com o processo de elaboração legislativa presente num Estado de Direito, como é o caso de Portugal.

Depois dessa manifestação do STJ, também a Procuradora-Geral da República (PGR) emitiu a Diretiva n.º 2/2014¹⁸⁴, determinando que os Magistrados e Agentes do Ministério Público não promovessem ou aceitassem a celebração de acordos sobre sentenças penais.

O entendimento exarado na Diretiva n.º 2/2014, fundamentou-se na ausência de norma legal expressa, no Ordenamento Jurídico Português, que autorize os acordos de sentença. Inexistindo, assim, requisitos e pressupostos legais conformadores da aplicação desses acordos que respeitem os princípios constitucionais estruturantes do processo penal lusitano.

Desse modo, de fato, com a Diretiva n.º 2/2014 da PGR restou prejudicada a aplicação e viabilidade dos chamados acordos de sentença, com fundamento nos princípios

¹⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. Cit.*, p. 38.

¹⁸³ Acórdão: Processo n.º 224/06.7gavzlc1.s1, do Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [Em linha]. Relator: Santos Cabral. Data do acórdão: 10/04/2013. [Consult. 10. Mar. 2021]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>

¹⁸⁴ Diretiva n.º 2/2014, expedida pela Procuradoria-Geral da República. [Em linha]. Data da Diretiva: 21/02/2014. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>.

fundamentais de direito e do processo penal, somente podendo concretizar-se, com alteração do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, em que pese as boas intenções das autoridades judiciárias incentivando a aplicação do instituto em exame, a fixação de procedimentos, critérios e pressupostos acabaram por ser objeto de Proposta Legislativa, garantindo assim, a integridade e confiabilidade do Sistema de Justiça Criminal Português, conforme narrativa abaixo.

3.1.3. Da Proposta de Lei n.º 90/XIV, da Presidência do Conselho de Ministros

O Governo de Portugal tomou a iniciativa de apresentar, em 5 de maio de 2021, a Proposta de Lei n.º 90/XIX que busca “alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal e Leis Conexas”, implementando medidas previstas na Estratégia Nacional de Anticorrupção.

Trata-se de uma iniciativa legislativa que visa corresponder ao objetivo traçado no Programa do XXII Governo Constitucional, de combate à corrupção, com a finalidade de tornar “a ação do Estado mais transparente e justa, além de promover a igualdade de tratamento entre os cidadãos e o crescimento econômico¹⁸⁵”.

Cumprir informar que, visando alcançar os objetivos de combate à corrupção, foi criado pelo Conselho de Ministros, no dia 05 de dezembro de 2019, na dependência direta da Ministra da Justiça, um grupo de trabalho, presidido pela Prof.ª. Dra. Maria João Antunes, “para a definição de uma estratégia nacional, global e integrada de combate à corrupção com a finalidade de desenvolver os objetivos determinados no Programa de Governo¹⁸⁶”.

A reflexão desse grupo de trabalho resultou na elaboração da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC) 2020-2024 que foi revista e aprovada pelo Conselho de Ministros em 3 de setembro de 2020 e, posteriormente submetida a consulta pública pelo período de 7 de setembro até 20 de outubro de 2020.

Em 24 de novembro de 2020, O Ministério da Justiça organizou uma Conferência de balanço final da ENCC, destacando que, das discussões sobre a proposta, restou suscitados, como os principais temas no âmbito da consulta pública, a prevenção da corrupção e os programas de cumprimento normativo; a dispensa de pena; os acordos sobre a pena aplicável; e a criminalização do enriquecimento ilícito.

¹⁸⁵ Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIV, da Presidência do Conselho de Ministros, apresentada ao Parlamento em 05 de maio de 2021, p. 1.

¹⁸⁶ Parecer da Assembleia da República, através da Comissão de Transparência e Estatuto dos Deputados sobre a proposta de Lei n.º 90/XIV, emitido em 08 de junho de 2021, p. 7.

Assim, em 18 de março de 2021, o Governo aprovou a versão final da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 (Estratégia), aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de abril de 2021¹⁸⁷.

Desse modo, segundo disposto na exposição de motivos da proposta legislativa, a gênese da iniciativa legiferante em análise é, por conseguinte, a Estratégia, cujo objetivo busca concretizar algumas das propostas apresentadas na “Estratégia Nacional Anticorrupção”, fundamentalmente no que se refere “à garantia de uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão da corrupção, à melhoria do tempo de resposta do sistema judicial e à adequação e efetividade da punição¹⁸⁸”.

A Proposta de Lei em comento, pretende proceder à várias alterações no Ordenamento Jurídico Penal de Portugal, destacando-se a sétima alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que estabelece os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, à quinquagésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, além de alterações e aditamentos ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro.

Para os objetivos do presente trabalho, interessa os aditamentos ao Código de Processo Penal propostos pela iniciativa legislativa, especialmente na propositura da possibilidade de formar acordo sobre a pena aplicável, tendo como pressuposto a livre confissão dos fatos imputados ao arguido.

Assim, a proposta legislativa Lei n.º 90/XIX, propõe a inclusão, no Código de Processo Penal, do art. 313.º-A, com a seguinte redação:

Artigo 313.º-A

Acordo sobre a pena aplicável

- 1 – O tribunal pode acordar com o Ministério Público e o arguido a pena aplicável no processo, mesmo em caso de concurso de infrações, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou do arguido.
- 2 – O acordo tem como objeto o limite máximo da pena aplicável, incluindo o da pena acessória eventualmente aplicável.

¹⁸⁷ Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021. [Em linha]. Data da Resolução: 06/04/2021. [Consult. 23 Jul. 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/37-2021-160893669>.

¹⁸⁸ *Idem.*, p. 2.

3 – O acordo pode ter ainda como objeto, se o limite máximo da pena aplicável acordado não for superior a cinco anos de prisão:

- a) A substituição da pena de prisão que vier a ser concretamente determinada por pena não privativa da liberdade;
- b) A execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controle à distância, caso venha a ser concretamente determinada pena de prisão efetiva não superior a dois anos.

4 – O acordo tem como pressupostos:

- a) A confissão livre, integral e sem reservas dos factos que são imputados ao arguido;
- b) A concordância do Ministério Público e do arguido;
- c) A audição do assistente constituído ao abrigo das alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 68.º.

5 – O acordo implica:

- a) A renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados;
- b) A passagem imediata à produção da prova relevante para a determinação da pena;
- c) A isenção da taxa de justiça.

6 – O tribunal pode acordar com o Ministério Público e o arguido a pena aplicável, ainda que não verifique a confissão livre, integral, sem reservas e coerente de todos os arguidos, aproveitando ao arguido a decisão sobre a questão da culpabilidade dos participantes.

7 – Na situação prevista no número anterior, é pressuposto do acordo que o arguido renove a confissão na audiência, sendo aplicável o disposto nos artigos 343.º e 345.º.

8 – Na falta de acordo, a confissão não pode ser utilizada como prova, desentranhando-se dos autos quaisquer documentos que permitam reconstituir a interação entre os sujeitos processuais, sem prejuízo do disposto na alínea e) do n.º 9 do artigo 312.º.

9 – Ao acordo não celebrado em audiência prévia é correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 11 e 12 do artigo 312.º.

Conforme narrativa na exposição de motivos¹⁸⁹ à proposta legislativa em comento, a inserção da possibilidade de formar acordo, sobre a pena aplicável ao infrator penal, surge no contexto da promoção de resoluções céleres e eficientes dos processos criminais. Busca-se, assim, concretizar a aplicação dos princípios da celeridade e eficiência processuais, através desse mecanismo legal, visto como um contributo positivo na busca por essa agilidade processual e na adequação da resposta punitiva dada pelo Estado, prevenindo e reprimindo os

¹⁸⁹ Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIV, da Presidência do Conselho de Ministros, apresentada ao Parlamento em 05/maio/2021, p. 11.

crimes ligados à corrupção.

No art. 313º-A, nºs. 1, 2 e 3, a proposta de lei aponta os sujeitos processuais que devem participar da celebração do acordo (Tribunal, Ministério Público e o Arguido), bem como os objetos dele (o limite máximo de pena aplicável).

Assim, tem-se que o tribunal, o ministério Público e o arguido, obrigatoriamente assistido por defensor, poderão acordar, após audição do assistente e antes do início da audiência de julgamento, o limite máximo da pena aplicável, bem como o da pena acessória eventualmente aplicável.

A proposta legislativa também autoriza, no nº 3, alínea a) a substituição da pena de prisão que vier a ser concretamente determinada por pena não privativa de liberdade, quando o objeto do acordo tiver como limite máximo da pena aplicável acordada o prazo não superior a cinco anos de prisão.

Faculta ainda no nº 3, alínea b) a execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, caso venha a ser concretamente determinada pena de prisão efetiva não superior a dois anos.

No nº 4, tem-se os pressupostos autorizadores do acordo, quais sejam, a confissão livre, integral e sem reservas dos fatos que são imputados ao arguido, bem como a concordância do Ministério Público e do arguido e a audição do assistente constituído conforme disposto no art. 68, nº 1, alíneas a) a d), do Código de Processo Penal.

Já no nº 5, consta as implicações a que o arguido se encontra submetido no caso de celebração do acordo. Na hipótese, o acordo sobre a pena acarreta a renúncia à produção da prova relativa aos fatos imputados e conseqüente consideração destes como provados; a passagem imediata à produção da prova relevante para a determinação da pena e a isenção da taxa de justiça.

Ressalte-se ainda que, “o acordo não abrange nem prejudica a perda de bens, ainda que alargada¹⁹⁰”.

No nº 6 do texto legislativo propõe-se que, havendo coarguidos e não sendo possível obter a confissão livre, sem reservas e coerente de todos eles, pode ainda assim formar-se acordo com algum ou alguns dos coarguidos. Nesse caso, conforme orienta o nº 7, é também pressuposto do acordo que o arguido renove a confissão em audiência de julgamento, para que esta, sujeita a contraditório, possa ser valorada enquanto meio de prova, nos termos do nº 4 do art. 345.º do CPP-P. Importa destacar ainda que, esta situação não impede que o arguido

¹⁹⁰ *Idem.*, p.12.

que tenha celebrado acordo beneficie da discussão da causa quanto aos participantes.

O disposto no nº 8 reforça que, na falta de acordo, a confissão não pode ser utilizada como prova. E, finalmente, o nº 9 esclarece que o acordo deve ser celebrado em audiência prévia, sendo certo que, conforme exposição de motivos¹⁹¹ da proposta, a audiência prévia pode ser um momento adequado para a celebração do acordo sobre a pena aplicável.

Contudo, se o acordo não for celebrado em sede de audiência prévia, devem ser, todavia, observadas as regras de documentação aplicáveis aos acordos celebrados nesta audiência, quais sejam, a documentação da confissão do arguido deve ser feita, em regra, através de registro áudio ou audiovisual ou na indisponibilidade destes, através de meios estenográficos ou estenotípicos, anotando-se, em ata, o início e o termo da confissão. (Consoante disposição sugerida na proposta de Lei nº 90/XIV, com a inserção dos nºs 11 e 12, no art. 312º, do CPP-P¹⁹²).

Fato curioso na proposta legislativa refere-se à ausência de dispositivos indicando as hipóteses em que o juiz que participou de negociação de acordo malograda torna-se impedido para a atuação desse magistrado em audição de julgamento.

Todavia, a exposição de motivos¹⁹³ acerca do projeto de lei esclarece que, a participação de juiz em negociação frustrada não implica sempre em causa de impedimento para intervenção desse juiz em audiência de julgamento.

Deste modo, consagra-se como impedimento apenas o caso em que a frustração do acordo ocorre posteriormente à confissão dos fatos pelo arguido, documentada nos termos previstos no proposto no n.º 11 do art. 312.º.

No entendimento da proposta legislativa em comento, nem todas as negociações fracassadas possuem potencialidade de tornar ou demonstrar um juiz parcial. Até porque, as exigências de que as sentenças e acórdãos penais sejam fundamentadas com a indicação e exame crítico das provas, bem como o direito recursal do arguido, são medidas que protegem e evitam “possíveis petições de princípio e vícios de raciocínio, que podem decorrer, já hoje, do mero facto de o juiz de julgamento ter acesso irrestrito aos autos, conhecendo de antemão todos os elementos de prova coligidos durante o inquérito e a instrução¹⁹⁴”.

Ademais disso, o projeto acredita que estas figuras acautelam de forma adequada e proporcional eventuais riscos de parcialidade, sem estabelecer desnecessários e automáticos entraves ao processo, justamente porque um dos objetivos da figura dos acordos sobre a pena

¹⁹¹ *Idem.Ibidem.*

¹⁹² *Ibidem.*, p. 57.

¹⁹³ *Idem.*, p. 12.

¹⁹⁴ *Idem., Ibidem.*

aplicável é tornar a fase de julgamento mais rápida e eficiente. Obviamente que, se a simples participação de juiz em eventual negociação frustrada o tornasse impedido, os objetivos de celeridade e eficiência restariam prejudicados.

3.1.3.1. Das Manifestações do Conselho Geral da Ordem dos Advogados; do Conselho Superior do Ministério Público e do Conselho Superior da Magistratura sobre a Proposta de Lei nº 90/XIV

Diferentes órgãos e setores da sociedade portuguesa foram convidados a examinar o projeto legislativo em comento, bem como a realizar parecer sobre o seu conteúdo.

Nesse sentido, o Conselho Geral da Ordem dos Advogados reafirmou suas ponderações quando de sua participação na elaboração do documento Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC) em relação ao acordo sobre a pena aplicável.

As preocupações manifestadas pelo Conselho são no sentido de reforçar a necessidade de o juiz aprofundar o interrogatório do arguido que presta sua confissão, justamente para assegurar que tal confissão é integral e sem reservas.

Ademais, manifestou inquietação com a possibilidade do instituto, por ele nomeado de “delação premiada” violar o princípio da reserva de jurisdição, ou mesmo eventual acordo punir um inocente que tenha colaborado com o processo, mas, com medo de ser condenado a uma pena mais gravosa, acabou por assumir a culpa pelo que não fez, recebendo uma pena desproporcional ante sua ação ou omissão.

Assim, o referido Conselho sugere que, o sistema de “direito premial” trazido pela lei comentada deverá ser aplicado ”quando verificada a colaboração ativa do agente do crime na recolha de provas decisivas ou na captura dos outros responsáveis, tudo a decidir única e exclusivamente na fase de julgamento e, em concreto, na sentença¹⁹⁵”.

Lado outro, o parecer do Conselho Superior do Ministério Público reconheceu que a adoção do mecanismo de acordo sobre a pena aplicável constitui-se numa alteração substancial no paradigma do processo penal português e assinala a não identificação de limitação constitucional a respeito do instituto

Sustenta a Ordem a existência de dificuldades e limitações ao confisco das vantagens e dos benefícios económicos obtidos com a práticas criminosa, devendo tal situação ser corrigida pela via legislativa o quanto antes.

Nesse sentido, o parecer critica a opção da proposta legislativa em preocupar-se com a

¹⁹⁵ Parecer apresentado pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, emitido em 24 de maio de 2021, p. 6

responsabilidade criminal, negligenciando o regime da responsabilidade patrimonial. Para o Conselho, o aperfeiçoamento dos mecanismos de confisco do enriquecimento ilícito obtido pelos ganhos do crime mostrar-se-ia mais “eficaz no âmbito dos crimes de corrupção do que uma estratégia exclusivamente orientada para a responsabilização criminal¹⁹⁶”.

Também o Conselho Superior da Magistratura produziu parecer acerca do conteúdo do projeto legislativo ora analisado. Nesse sentido, suscitou questões que podem, eventualmente, carecer de constitucionalidade, o que poderia levar a um aumento da litigiosidade sobre os dispositivos e sua temática.

A primeira preocupação do Conselho foi no sentido de alertar para os riscos de ocorrer uma inversão do caminho lógico entre a denúncia e a abertura de uma investigação criminal. Segundo o parecer, deve-se evitar contar com o denunciante como um “atalho investigativo”, sob risco de vícios na obtenção de provas no processo de investigação, o que acarretaria eventual absolvição do agente em fase de julgamento¹⁹⁷.

Na perspectiva dos juízes, espera-se que seja o denunciante a tomar a iniciativa de denunciar o crime, contribuindo para a elucidação precoce deste, e não que seja a perquirição, já na posse de alguma informação, que aborde os agentes criminosos em busca de potencial delator.

O parecer em análise aponta para a necessidade de assegurar as garantias do arguido denunciante, garantindo que este tome a decisão de delatar o fato criminoso de forma livre e informada, sem ser submetido a meios “enganosos ‘tendentes’ ao convencimento do potencial denunciante¹⁹⁸”.

Além disso, defende a manifestação do Conselho de Magistrados, a não obrigatoriedade de prestação de declarações incriminatórias para outros suspeitos.

Por fim, o parecer entende que o chamado “acordo sobre a pena” aplica-se a toda a criminalidade, não se limitando à área da corrupção ou criminalidade econômica, incluindo os crimes contra bens jurídicos pessoais, pelo que seria necessário reforçar o papel da vítima na celebração do acordo, ainda que não se exigisse o seu consentimento para o pacto. Mas esta deveria ser sempre ouvida, assegurando-lhe respostas à necessidade de reparação ao dano causado.

¹⁹⁶ Parecer apresentado pelo Conselho Superior do Ministério Público, emitido em 18 de julho de 2021.

¹⁹⁷ Parecer apresentado pelo Conselho Superior da Magistratura, emitido em 23 de junho de 2021, p.4.

¹⁹⁸ *Idem.*, p. 6

3.2. Do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil

Conforme narrativa introdutória realizada no Capítulo 1, no final de 2019, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu um novo instituto de consenso na esfera criminal, o chamado “acordo de não persecução penal”, disciplinado pela Lei nº 13.964/2019, incluída no chamado “pacote anticrime”, apresentado pelo Ministério da Justiça ao Parlamento Brasileiro.

Todavia, a figura do acordo de não persecução penal já existia como instituto no cenário brasileiro. Contudo, tratava-se de um ato administrativo editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) através da Resolução nº 181/2017 e, por não ter sido instituído por uma lei, gerava muitos debates e discussões, a sua aplicação.

Nesse sentido, mostra-se importante apresentar o panorama que antecedeu à edição normativa do instituto em análise no Brasil. Assim, no dia 7 de agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº. 181¹⁹⁹, que “dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público”.

Em capítulo próprio, a Resolução trouxe previsão do que chamou de “acordo de não persecução penal, espécie de negócio jurídico-processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado, confesso de crime praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa”.

O referido acordo autoriza o arquivamento de investigação preliminar, se esse investigado atender ao que dele se exige como condições pessoais, cumprir medidas similares a penas restritivas de direitos e reparar o dano ou restituir o bem à vítima.

Segundo Leonardo Lopes Sardinha, a comissão que elaborou a Resolução nº 181/2017 entendeu que haveria um grande avanço na qualidade do Sistema de Justiça Brasileiro, uma vez que sobreviria “uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que se deve ter um Tribunal Supremo²⁰⁰”.

Após a publicação da referida Resolução, houve intenso debate entre a doutrina brasileira, baseando-se a controvérsia em dois argumentos principais.

¹⁹⁹ A redação atual da Resolução nº. 187/2017 foi dada pela Resolução nº. 183, de 24 de janeiro de 2018. A análise aqui apresentada considerou o novo conteúdo compilado com as alterações do novo ato normativo de 2018.

²⁰⁰ SARDINHA, Leonardo Lopes - **Acordo de não persecução penal**: uma análise de sua eficiência como instrumento consensual de resolução de conflitos penais, no âmbito da justiça criminal da Comarca de Birigui, Estado de São Paulo. São Paulo: Dialética Editora, 2021, p. 62.

A primeira premissa apontava que o texto do Expediente desrespeitava o princípio da legalidade, tanto no que se refere à imposição de obrigações e de renúncia de direitos por parte do investigado sem que existisse lei que determinasse tais restrições, ferindo, assim, disposição constitucional contida no art. 5º, Inciso II, da Constituição Federal de 1988²⁰¹, quanto em relação à competência para legislar sobre a matéria processual penal, que é privativa da União, nos termos do art. 22, Inciso I, Carta Magna brasileira²⁰².

O segundo questionamento destacado refere-se à ausência da atuação do juiz na fiscalização do acordo, tendo em vista que não havia nenhuma menção ao Judiciário no texto original da referida Resolução, nem ao menos para homologar o pacto e analisar a sua legalidade, como ocorre no instituto da colaboração premiada, por exemplo.

Após intensos debates sobre o tema, o CNMP resolveu editar a Resolução nº 183/2018 para modificar o art. 18 da Resolução nº 181/2017, com vistas a solucionar tais controvérsias. Assim, a nova redação instituiu um limite de pena dos delitos que poderiam ser abarcados pelo instituto.

Dessa forma, o acordo de não persecução penal seria aplicado apenas para os crimes cuja pena mínima fosse inferior a quatro anos. O novo texto também regulamentou a atuação do Judiciário na fiscalização do acordo.

Cumprir esclarecer que, a redação original da Resolução nº 181/2017 preconizava que o acordo seria realizado administrativamente, sem qualquer chancela judicial, sendo sua aplicação, controle e fiscalização do cumprimento das condições impostas, realizadas pelo próprio *Parquet*.

Com a mudança na redação do dispositivo, o acordo seria submetido à “apreciação judicial, e, se o “juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação²⁰³”.

Todavia, ainda que diante das alterações realizadas na redação da Resolução, persistia a inconstitucionalidade formal da norma, uma vez que o CNMP não possui competência para legislar sobre matéria de processo penal.

²⁰¹ O art. 5º, Inciso II, da Constituição Federal de 1988, assim dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

²⁰² Nos termos da Carta Magna Brasileira de 1988, assevera o art. 22, Inciso I que: “Compete privativamente à União legislar sobre: I: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

²⁰³ CAVALCANTI, Fernanda Costa Fortes Silveira - Reflexões sobre o acordo de não-persecução penal implementado pelas resoluções 181/2017 e 183/2018. V **Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**, [S.l.], [Em linha], nov. 2018, p. 6. [Consult. 16. Out. 2021]. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/417>>.

Nesse diapasão, Cavalcanti esclarece que, embora a intenção ministerial fosse prestigiar a justiça negocial como uma maneira de descongestionar o Poder Judiciário, o acordo de não persecução penal possui natureza jurídica de norma processual penal, cabendo à União sua eventual edição, por força de disposição constitucional. Portanto, sustenta o autor:

(...) não resta outra alternativa ao Supremo Tribunal Federal a não ser sua declaração de inconstitucionalidade formal orgânica, por afrontar ao devido processo legislativo de formação do ato normativo no que toca ao descumprimento de regra de competência prevista na Constituição²⁰⁴.

De fato, a referida Resolução foi objeto de questionamentos através da propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), formulados pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), via ADI 5790²⁰⁵, e pela Ordem dos Advogados do Brasil por meio da ADI 5793²⁰⁶.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, o acordo de não persecução penal foi, enfim, instituído em norma legal, e as entidades supracitadas desistiram das ações impetradas com fundamento na perda superveniente de objeto.

Dessa forma, o legislador brasileiro optou por adotar esse mecanismo de consenso, regulamentando-o em lei federal, conforme restará demonstrado abaixo.

3.2.1. Acordo de Não Persecução Penal: Moldura Legal

O chamado “acordo de não persecução penal” foi instituído pela Lei nº. 13.964/2019 que acrescentou o art. 28-A no Código de Processo Penal Brasileiro, consagrando regramento legal expreso acerca do instituto, embora com algumas nuances diferentes da supracitada Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

A título de conhecimento, revela-se importante demonstrar o conteúdo do art. 28-A do Código de Processo Penal, que possui a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

²⁰⁴ CAVALCANTI, Fernanda Costa Fortes Silveira. *Ob. Cit.*, p. 9.

²⁰⁵ **ADI 5790** – Magistrados questionam norma sobre investigação criminal pelo MP perante o Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 2 out. 2021]. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358960>>.

²⁰⁶ **ADI 5793** – Norma de investigação criminal pelo Ministério Público é questionada pela OAB perante o Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 2 out. 2021]. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>>.

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

3.2.2. Conceito e Natureza Jurídica

O acordo penal é um contrato especial no qual o indivíduo negocia, como sujeito de direitos e em condições que devem ser as mais livres possíveis, as penas que receberá, em razão de ter praticado um fato definido em lei como crime. Ainda que o cidadão não possa fugir à autoridade do Estado, permite-se que aceite voluntariamente determinadas penas.

Nessa caracterização, o acordo de não persecução penal é um tipo de pacto feito com o Estado no qual o autor de um delito, nos crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 anos, aceita a imposição imediata de penas restritivas de direito para evitar a ação penal. Depois de homologado e cumprido, a pretensão punitiva do Estado restará extinta.

Walter Nunes da Silva Júnior²⁰⁷ destaca que o acordo de não persecução penal tem como paradigma o “*Non-Prosecution Agreement*” (NPA). Segundo ele, este tipo de ajuste, nos Estados Unidos, é realizado sem a participação do Judiciário, exigindo-se do agente a assunção de culpa, com a consequente aplicação de pena.

No Brasil, o referido pacto foi adotado sem a exigência da declaração de culpa pelo autor do crime. Lado outro, assemelha-se muito com o *plea bargain* americano, pois impõe ao investigado a confissão formal e circunstancial do crime, requisito que não consta de nenhum outro instituto negocial até então incluído no Sistema Normativo Brasileiro.

Barros conceitua o acordo de não persecução penal:

(...) como [um] instrumento jurídico extraprocessual que visa, na esteira de uma política criminal de descarcerização, a realização de acordos bilaterais entre o Ministério Público e o perpetrador de ilícitos penais para que cumpra determinadas medidas, sem a necessidade de sofrer todas as mazelas que o processo criminal tradicional pode acarretar²⁰⁸.

Pode-se dizer que, a principal vantagem do acordo reside no fato de valorizar a liberdade e a autodeterminação da pessoa, dando-lhe a possibilidade de concordar com a “pena” imposta. Assim, as obrigações estabelecidas no ajuste deixam de ser impostas unilateralmente pelo Estado, passando a ser objeto de negociação e concordância por parte do agente também, respeitando os parâmetros legais.

²⁰⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON, Olavo - **Pacote anticrime**: temas relevantes. Natal: OWL, 2021, p. 35. Edição do Kindle.

²⁰⁸ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson - **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: JH Mizuno, 2019, p. 22, Edição do Kindle.

Por outro lado, esse mecanismo pode mostrar uma face negativa se for usado como pressão psicológica para penalizar um inocente, sobretudo quando a acusação não possui provas suficientes da autoria e materialidade do delito.

Mauro Messias²⁰⁹ alinhava que o *nomen juris* dado ao novo instituto negocial causa alguma estranheza, destacando que há contrariedade entre a nomenclatura adotada, a saber, “não persecução penal”, e o fato de a persecução penal *lato sensu* já ter sido iniciada, face a investigação criminal em curso, sugerindo uma melhor taxonomia: acordo de não persecução em juízo.

No que se refere à natureza jurídica do acordo de não persecução penal, Sardinha, assertivamente, indica que:

(...) com a inclusão do artigo 28-A ao Código de Processo Penal, tem-se entendido que o acordo de não persecução penal tem natureza jurídica de norma híbrida, ou seja, é uma norma que possui tanto conteúdo processual quanto material. A importância dessa classificação repercutirá na eficácia da lei no tempo (direito intertemporal)²¹⁰.

A propósito da análise do instituto, o mesmo autor²¹¹, a propósito da análise do instituto, destaca que no acordo de não-persecução penal não há aplicação de pena. O que se tem são obrigações estabelecidas mediante negociação entre o Ministério Público e o investigado (v.g. pagamento de multa ou prestação de serviços à comunidade), consistindo, pois, em direitos e obrigações de natureza negocial. Daí a afirmação de Francisco Dirceu Barros, no acordo de não persecução penal não se negocia “pena”, mas se “ajustam condições”²¹².

Em caso de descumprimento pelo investigado, das obrigações acordadas, faz-se necessário o oferecimento da ação penal, instaurando-se o processo penal a fim de ser aplicada a sanção penal ao caso concreto. Constata-se, pois, que as obrigações previstas no acordo de não-persecução penal não possuem natureza jurídica de pena na acepção jurídica do termo, uma vez que o Estado não poderá impor coercitivamente o cumprimento de tais obrigações, na hipótese de descumprimento pelo investigado.

²⁰⁹ MESSIAS, Mauro - **Acordo de não persecução penal**: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 20. Edição do Kindle.

²¹⁰ SARDINHA, Leonardo Lopes - **Acordo de não persecução penal**: uma análise de sua eficiência como instrumento consensual de resolução de conflitos penais, no âmbito da justiça criminal da Comarca de Birigui, Estado de São Paulo. São Paulo: Dialética Editora, 2021, p. 79. Edição do Kindle.

²¹¹ SARDINHA, Leonardo Lopes. *Ob. Cit.*, p. 85.

²¹² BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson - **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: JH Mizuno, 2019, p. 23. Edição do Kindle.

Assim, pode-se afirmar que o acordo de não persecução penal é a concretização de uma opção político-criminal levada a efeito pelo Ministério Público, objetivando a solução consensual para as infrações penais de média e pequena lesividade, deixando o processo penal tradicional para a apuração de infrações penais de maior gravidade, complexidade e relevância.

3.2.3. Requisitos Legais

O acordo de não persecução penal aplica-se somente aos crimes nos quais os acusados, se condenados, teriam, em tese, suas penas privativas de liberdade, substituídas por restritivas de direito, devendo os investigados serem encorajados a admitir os elementos do crime e sua participação.

Com o pacto, abreviam-se todas as etapas processuais (denúncia, resposta à acusação, instrução, diligências, alegações finais, sentença), tendo-se, assim, um evidente ganho de tempo e economia de recursos humanos. Nos acordos os investigados são encorajados a admitir os elementos do crime e sua participação.

Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva afirmam que é preciso compreender que o acordo consiste em verdadeiro direito subjetivo do investigado/acusado que poderá reivindicar que este lhe seja concedido quando preenchidos todos os requisitos. Destaca, ainda, que é regra de solução benéfica ao investigado/acusado e, porquanto, impõe-se como um dever ao Ministério Público a sua propositura, não podendo recusar a fazê-lo quando diante de todos os elementos pertinentes à sua concessão²¹³.

Em sentido contrário, a jurisprudência assentada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus - AgRg no RHC 130.587/SP²¹⁴, decidiu que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.

²¹³ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da - **Acordo de não persecução penal**. São Paul: Dialética, 2020, p. 53. Edição do Kindle.

²¹⁴ Processo: AgRg no RHC 130.587/SP – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS: Relator(a): Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Data do Julgamento: 17/11/2020. Data da Publicação/Fonte: DJe 23/11/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>

Além disso, o Ministério Público deixará de propor o acordo quando o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Dessa forma, o Ministério Público “PODERÁ” e não “DEVERÁ” propor ou não o referido acordo, uma vez que é o titular da ação penal pública, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o que não retira do postulante vias para buscar efetivar seu direito. Primeiramente, se dirigirá ao órgão superior do Ministério Público, e por último ao Judiciário.

Nesse sentido, Francisco Dirceu Barros destaca que:

(...) não há um direito subjetivo [do investigado], mas sim uma discricionariedade regrada. Assim, o órgão do Ministério Público, mesmo diante da presença dos requisitos primários, secundários e personalíssimos, pode deixar de propor o acordo, desde que fundamente a impossibilidade²¹⁵.

O acordo deve ser celebrado por escrito e apresentado formalmente ao juízo para constar do conjunto dos Autos e também para facilitar a fiscalização quanto ao cumprimento das condições impostas ao acusado. De preferência, deve ser redigido com antecedência ao ato judicial em que for apresentado e, em caso de celebração em audiência, o termo de assentada respectivo deverá ser conservado.

Lado outro, as negociações que não resultem em acordo devem ter suas propostas mantidas em arquivo, sendo inadmissível a participação do juiz na negociação dos termos do acordo, salvo alguma manifestação quando for apresentado em audiência.

O investigado deve sempre ser notificado pessoalmente para dizer se aceita ou não a proposta. Não basta apenas a concordância do seu defensor. O advogado não pode decidir sem a manifestação do acusado ou contra a sua vontade.

O acordo de não persecução penal não pode ser um mero contrato de adesão, com cláusulas previamente estabelecidas pelo Ministério Público, sem a possibilidade de questionamento por parte do investigado, sob pena de ser considerado abusivo.

As obrigações não devem ser impostas, sob a ameaça de uma pena maior, mas discutidas e aceitas voluntariamente. O acordo é uma forma de evitar a ação penal, não a condenação, algo completamente incerto. Em toda negociação é preciso que haja respeito à vontade do acusado, deixando bem clara a alternativa de discutir em juízo as provas contra ele obtidas.

²¹⁵ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Ob. Cit.*, p. 23.

Ademais, o art. 28-A, do CPP-B exige a confissão formal e circunstanciada da infração penal para que o interessado possa celebrar o acordo. Segundo Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva, a lei não faz exigência no sentido de que o autor do delito, ao confessar, delate terceiros ou tenha que narrar o nível de participação de coautores.

Por outro lado, também não existe vedação legal acerca da possibilidade da confissão qualificada para efeitos de obtenção do acordo de não persecução penal. Ou seja, pode confessar e se justificar em excludente. A lei não exige submissão penal, mas confissão de fatos²¹⁶.

Leonardo Lopes Sardinha destaca que a confissão detalhada, levada a efeito pelo investigado deverá ser gravada em áudio e vídeo e constitui-se como condição *sine qua non* para a celebração do acordo de não-persecução. Saliente-se que, na ocasião da celebração do acordo, o investigado será assistido pelo seu defensor, constituído ou dativo. A assistência de defensor se afigura imprescindível a fim de que o investigado tenha plena noção de que, ao optar pela celebração do acordo, abdicará do direito a um julgamento perante um juiz natural, com todas as garantias inerentes ao processo penal²¹⁷

Ocorre que, contudo, conforme dispõe no art. 5º, inciso LVII, do texto constitucional, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Assim, para que alguém seja considerado culpado de um crime no Brasil é preciso que haja uma sentença penal condenatória. Logo, ainda que seja possível renunciar ao direito de presunção de inocência, podendo o acusado confessar em juízo a prática de um crime e ser condenado, a confissão extrajudicial do autor do delito é completamente desnecessária para realizar o acordo, pois o suspeito não será condenado por crime algum.

Walter Nunes da Silva Junior destaca que a expressão “confissão circunstancial” foi uma escolha consciente ou inconscientemente realizada pelo legislador, permitindo a interpretação de que, a opção por tal termo, não estabelece como condição o investigado assumir a conduta que lhe é atribuída na apuração dos fatos. Apenas que o sujeito, não tem a intenção de discutir essa questão no processo judicial, como uma espécie de *no contest ou nolo contendere*²¹⁸.

Mauro Messias alerta que o investigado não é obrigado a comparecer ao *Parquet* para conversar sobre os fatos e confessá-los, em razão do princípio da não autoincriminação

²¹⁶ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 57-58.

²¹⁷ SARDINHA, Leonardo Lopes. *Ob. Cit.*, p. 71.

²¹⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON, Olavo. *Ob. Cit.*, p. 45-46.

forçada ou da inexigibilidade da autoincriminação²¹⁹, reflexo do direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII, da Carta Magna que assegura ao preso o direito de ser informado de seus direitos, inclusive o de permanecer calado e de ter assistência da família e de advogado.

Ressalte-se que, o direito ao silêncio e à não autoincriminação, abrange também os casos de confissão forçada ou obtida de modo clandestino, desacompanhada das conhecidas e indispensáveis advertências constitucionais, como exige o art. 14, item 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²²⁰.

Nessa mesma linha de raciocínio, encontra-se previsão semelhante constante do artigo 8, nº 2, alínea G, que trata das garantias judiciais dos acusados, dentre elas, o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem se declarar culpado²²¹.

Desse modo, em se tratando da celebração de acordo de não persecução penal, aceita-se tão somente a hipótese de confissão ou autoincriminação voluntária, devidamente válida, de modo que nenhum constrangimento seja dirigido ao investigado, sob pena, inclusive, de responsabilização por crime de abuso de autoridade. Até poque, a decisão que homologa o acordo de não persecução penal, não possui natureza condenatória, mas meramente homologatória.

Ademais disso, importa destacar que, na esteira de decisões judiciais dos tribunais superiores²²², restou consignado a seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. Isso porque, a referida legislação possui natureza híbrida, admitindo a conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*, como se observa no julgado abaixo colacionado, proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF),

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia.

²¹⁹ MESSIAS, Mauro. *Ob. Cit.*, p. 58.

²²⁰ Dispõe o artigo 14, nº 3, alínea G do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

²²¹ Nos termos do artigo 8, nº 2, alínea G, da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica: “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

²²² Para conhecimento, vide os seguintes julgados: **HC 607003-SC**, de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o **HC 628647-SC**, julgado pela Sexta Turma do STJ e cujo relator foi o Ministro Nefi Cordeiro.

1. **A Lei nº 13.964/2019**, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), **é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.**
2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.
3. **O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.**
- 4.(...).
5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. (HC 191464 AgR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 11/11/2020. Data da Publicação: 26/11/2020. Órgão julgador: Primeira Turma do STF)²²³. Grifei.

Por fim, insta consignar que, o acordo em análise não pode também ser ofertado, quando existente condenação. Até porque, a finalidade do instituto é justamente evitar a abertura da persecução penal, não fazendo sentido eventual tentativa de composição depois da condenação do sujeito.

Nesse sentido, encontra-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), manifestada no julgado abaixo colacionado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.

2. (...)

3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa.

4. Agravo Regimental a que nega provimento. (HC 191124 AgR. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento: 08/04/2021. Data da Publicação: 13/04/2021. Órgão julgador: Primeira turma do STF)²²⁴.

3.2.4. Condições para a Celebração dos Acordos

As disposições contidas no art. 28-A, do CPP-B, estabelecem as condições para que o acordo de não persecução penal possa ser ofertado pelo Ministério Público ao agente infrator.

²²³ HC 191464 AgR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 11/11/2020. Data da Publicação: 26/11/2020. Órgão julgador: Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF)

²²⁴ HC 191124 AgR. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento: 08/04/2021. Data da Publicação: 13/04/2021. Órgão julgador: Primeira turma do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse sentido, nas linhas abaixo, apresentar-se-á as exigências legais para a celebração do referido instituto.

3.2.4.1. Reparação do dano ou restituição da coisa à vítima

A primeira condição para a realização de um acordo de não persecução penal implica em reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade, até porque, nem sempre se mostra possível o cumprimento de tal condição.

Todavia, a eventual impossibilidade de reparar o dano não impede a celebração do acordo, desde que devidamente justificada. Por exemplo, na situação em que o autor do delito não possui renda, ou recebe unicamente benefício assistencial, como o bolsa-família²²⁵, não possuindo, assim, condições econômicas de reparar o dano por ele causado.

Ademais disso, conforme esclarece Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva, a impossibilidade de cumprir com tal condição pode abranger também “causa superveniente” ao pactuado, como por exemplo uma alteração econômica brusca através da perda de atividade econômica de sustento; gastos com despesas posteriores imprevistas, como tratamento de saúde ou caso fortuito como uma calamidade pública²²⁶.

Assim, o termo “impossibilidade de fazê-lo” poderá abranger “causa antecedente” ou “superveniente” à celebração do acordo, que devidamente comprovada exigirá revisão da condição imposta, seja postergando seu cumprimento, suprimindo a obrigação ou substituindo-a por outra.

Ainda que a condição imposta seja a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, esta não participa da composição do acordo. Nesse diapasão, Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva, afirmam que, a ausência de participação da vítima na celebração do pacto implica que, mesmo recebendo valor fixado a título de reparação do dano ou o objeto da ação delituosa no estado em que se encontrar, não ocorre coisa julgada material quanto à satisfação integral de seu prejuízo.

Isso significa que, assiste à vítima o direito de postular eventual complementação de seu prejuízo em ação indenizatória no juízo cível. Quanto ao objeto em si, “a vítima poderá

²²⁵ O **Programa Bolsa Família** foi criado pela Lei nº 10.836/04, consistindo na transferência direta de recursos financeiros às famílias em estado de pobreza no Brasil, através da concessão de limite de renda, conforme critérios e condições legais. Para mais informações, consultar o endereço eletrônico: <https://www.sedes.df.gov/bolsa-familia/>

²²⁶ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 65.

recusar a recebê-lo por motivos estritamente pessoais (por estar danificado, porque não deseja mais ter algo que foi possuído indevidamente por ato criminoso etc.)²²⁷”.

Sardinha anota que tal condição promove a revalorização da vítima. Com isso, segundo o autor, a reparação do dano ou a restituição da coisa subtraída tornaram-se problemas relevantes, a ponto de constituir uma das condições para a celebração do acordo de não persecução penal²²⁸.

Ademais, em casos de danos materiais elevados, o pagamento pode ocorrer de forma parcelada. Nesse sentido, cabe esclarecer que, o parcelamento do dano, em regra, deve ocorrer até o final do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade. Se o autor do crime prestar 2 anos de serviços, nesse prazo quitará o débito. Se não for imposta pena de prestação de serviços, o prazo de parcelamento não pode ser superior ao da pena mínima prevista para o crime. Logo, considerando que só cabe acordo para delitos com pena mínima inferior a 4 anos, o prazo máximo para o adimplemento da obrigação deve ser de 3 anos e 11 meses.

Outrossim, mostra-se inadequado usar o prazo de prescrição da pretensão punitiva do delito como limite para cumprimento do acordo, pois esse prazo ficará suspenso durante a fase de execução. Por outro lado, não há que se falar em prescrição da pretensão executória, pois não foi proferida qualquer condenação.

3.2.4.2. Renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime

Outra condição para a formalização do acordo, disposta no art. 28-A, Inciso II, do CPP-B diz respeito à renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

Como no acordo de não persecução penal não há condenação, os instrumentos utilizados na prática do delito, assim como o proveito do agente, não são confiscados e poderiam permanecer com o autor do delito. Para evitar isso, o legislador determinou que uma das condições para o acordo, seja a renúncia voluntária a esses bens. Os instrumentos do crime serão encaminhados à União. O produto ou proveito obtido pertencem ao lesado ou ao terceiro de boa-fé.

²²⁷ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 64.

²²⁸ SARDINHA, Leonardo Lopes. *Ob. Cit.*, p. 87.

O entendimento doutrinário, capitaneado por Alexandre Bizzotto Denival Franciso da Silva, defende que os objetos e direitos renunciados, deverão ser descritos por laudos circunstanciados, dando-se uma das seguintes destinações a eles:

- a) se pertencentes à vítima ou a terceiros de boa-fé, não envolvidos na prática criminosa, ser-lhes-ão restituídos, mediante prova de posse ou propriedade;
- b) se não tiver vítima identificada, serão levados a hasta pública para venda, dando-se proveito ao produto da alienação, como dispuser a legislação;
- c) se sem expectativa de vendas, serão doados a entidades públicas ou entidades privadas com caráter social;
- d) se de nada disso servir, serão então destruídos²²⁹.

No que se refere aos bens ilícitos, mesmo não figurando como condição do acordo, deverão ser dadas imediatas destinações, por ordem judicial, de preferência já inserido na decisão homologatória. Assim, a renúncia será imprescindível quando o instrumento do crime consistir em coisa cujo fabrico, uso ou porte consistir em fato ilícito, nos termos do art. 91, Inciso II, alíneas “a” e “b” do CP-B²³⁰, aplicável por analogia.

3.2.4.3. Prestação de serviços à comunidade

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, preferencialmente²³¹, sobre aquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, implica em outra das condições exigidas pelo legislador para a formalização do acordo analisado.

Conforme leciona Mauro Messias, “como o acordo de não persecução penal antecipa, acelera ou abrevia a resposta estatal, a Lei Anticrime, incorporou no art. 28-A, Inciso III, do Código de Processo Penal, o redutor de “um a dois terços” na pena cominada”²³². Na

²²⁹ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Franciso da. *Ob. Cit.*, p. 67.

²³⁰ Art. 91 - São efeitos da condenação:

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

- a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
- b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

²³¹ Nesse sentido, dispõe o art. 28-A, Inciso IV, do Código de Processo Penal que: “IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, **preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito**”. (Grifei).

²³² MESSIAS, Mauro. *Ob. Cit.*, p. 45.

perspectiva do autor, ocorre boa vantagem ao acordante, posto que em condições justas, os acordos têm alta probabilidade de cumprimento²³³.

Outrossim, a condição em análise pode ter seu cumprimento inviabilizado após a homologação judicial. Assim, nessa hipótese o Ministério Público poderá requerer a rescisão da avença e depois oferecer denúncia, vez que não mais será possível sua execução.

A execução do acordado pode mostrar-se inviável na seguinte hipótese, por exemplo: Suponha-se que o infrator esteja executando uma prestação de serviços à comunidade estipulada em oito meses. Após quatro meses, ele é preso preventivamente pela prática de outro crime, o que impossibilita a continuação do cumprimento do acordo.

Nessa circunstância, o art. 44, § 5º, do Código Penal, aplicável por analogia, diz que o juiz converterá a pena em prisão, se houver impossibilidade de cumprimento da pena alternativa, como no exemplo demonstrado acima.

3.2.4.4. Pagamento de prestação pecuniária

Cumprir esclarecer que, a prestação pecuniária consiste no pagamento, em dinheiro, à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 salário-mínimo nem superior a 360 salários mínimos, nos termos do art. 45, § 1º, do CP-B²³⁴.

Todavia, no acordo de não persecução penal, a prestação pecuniária não pode ser destinada à vítima. Diferente do que consta no supracitado art. 45, § 1º, do CP-B, o art. 28-A do CPP-B não fez previsão colocando a vítima como beneficiária, mas apenas entidades públicas e de interesse social.

Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva destacam que quando se tratar de pecúnia, a obrigação traduz-se em pagar coisa certa. Entretanto, quando se tratar de prestação de outra natureza, a condição passa a ter natureza de obrigação de entregar coisa certa, a exemplo de bens lícitos, úteis e de uso permitido pelo beneficiário²³⁵.

No que tange ao cumprimento dessa condição na celebração do pacto, não é necessário que sejam acumuladas as penas de prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária.

²³³ MESSIAS, Mauro. *Ob. Cit.*, p. 45.

²³⁴ Dispõe o art. 45, § 1º do Código Penal que: “A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário-mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

²³⁵ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p.70.

Admite-se que sejam aplicadas de forma alternativa, ou seja, prestação de serviço ou prestação pecuniária, fazendo-se necessário, que conste no acordo, ao menos uma das duas penalidades.

Assim, a análise do caso concreto indicará qual pena alternativa é a mais adequada a ser aplicada, levando em conta a situação econômica do investigado. Obviamente que, se este não possuir boa condição financeira, o mais adequado é prestar apenas serviços à comunidade. Lado outro, se não tem como reparar o dano, também não faz sentido que seja obrigado a pagar prestação pecuniária.

3.2.4.5. Cumprimento de outra condição estabelecida pelo Ministério Público

A última condição estabelecida para a formalização do acordo de não persecução penal, encontra-se descrita no art. 28-A, Inciso V, do CPP-B. Segundo disposição legal, o investigado deve cumprir, por prazo determinado, outra circunstância indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Essa quinta hipótese traz cláusula aberta, permitindo ao representante do Ministério Público instituir outra condição exclusiva para o acordo a ser formulado, desde que proporcional e compatível com a conduta criminosa apontada. Trata-se de hipótese de interpretação analógica, o que significa dizer que a “outra condição” não pode divergir da essência e da natureza das condições precedentes.

Nesse mesmo sentido, Walter Nunes da Silva Júnior destaca que, assim como já tinha feito em relação à suspensão condicional do processo, o legislador deixou uma cláusula aberta para o juiz estabelecer outras medidas restritivas que entender pertinentes, observada a questão da proporcionalidade e da compatibilidade, citando, como exemplo, a imposição de condição de elaboração de projeto para a recuperação da área degradada ou uma compensação pelos danos ocasionados, em caso de crimes ambientais²³⁶.

Francisco Dirceu Barros alerta que dois pontos relevantes merecem destaque nesse item. O primeiro é a pertinência entre a condição a ser adotada e o tipo penal aparentemente praticado, não cabendo ao membro do Ministério Público impor condições que nada digam respeito ao fato delitivo, tampouco consigam influir de forma ressocializadora no investigado. Outro aspecto diz respeito à liberdade ministerial para estipulação dos termos. O acordo de não persecução é um instrumento que confere, dentro dos limites legais, autonomia às partes

²³⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON, Olavo. *Ob. Cit.*, p. 49.

envolvidas, de modo que, visualizando a possibilidade de fixação de cláusula com condição não prevista, mas cabível, é possível sua estipulação²³⁷.

Importante destacar que tais medidas não podem aviltar a dignidade pessoal do acordante, afrontando sua liberdade de escolhas religiosas, de opinião, políticas e sociais, como frequentar cultos religiosos, qualquer que seja o credo; desligar-se de entidades políticas ou de classes; manter silêncio verbal ou escrito sobre determinados temas; impor participação obrigatória em eventos sociais com os quais não compactua, no intuito de fazê-lo mudar de opinião sobre determinada questão etc.,²³⁸.

3.3. Hipóteses Impeditivas

As hipóteses impeditivas para a celebração do acordo de não persecução penal, descritas no § 2º do art. 28-A, do CPP-B, na verdade são uma projeção dos requisitos objetivos descritos no próprio *caput* do artigo, inclusive no que tange à descrição pela negatividade (não ser pena mínima superior a quatro anos; não ser crime com violência ou grave ameaça). Assim, podem ser igualmente tratados como requisitos ou requisitos complementares, só que previstos em dispositivo legal posterior.

Assim, nas linhas abaixo encontram-se as circunstâncias que podem impedir a formalização do pacto em comento.

3.3.1. Quando for cabível transação penal

A lei deixa claro que o acordo não se aplica, se em relação ao crime praticado, for cabível transação penal de competência dos juizados especiais criminais, nos termos do art. 28-A, § 2º, Inciso I, do CPP-B²³⁹.

Ora, não se admite que um mesmo crime seja objeto de transação penal e acordo de não persecução penal, porque o primeiro instituto somente é cabível nos crimes de menor potencial ofensivo, da competência dos juizados especiais criminais. Enquanto o segundo instrumento aplica-se para crimes de médio potencial ofensivo, da competência da justiça comum.

²³⁷ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Ob. Cit.*, p. 66.

²³⁸ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 71.

²³⁹ Art. 28-A, § 2º, do Código de Processo Penal assim dispõe: “O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei”.

A formalização do acordo de persecução penal envolve as próprias condições da transação penal, tornando-se inconciliável a aplicação dos dois institutos. Até porque, a transação, além de ter condições coincidentes, porém em menor escala, é mais favorável ao investigado e, não sendo possível a sua aplicação, não restará margem para o acordo penal²⁴⁰.

Ademais, a prática de um crime anterior, da competência do juizado especial criminal, impede a realização do acordo de não persecução penal, tanto se houver transação penal conforme dispõe o art. 28-A, § 2º, III, quanto condenação²⁴¹ (reincidência), nos termos do art. 28-A, § 2º, II²⁴², ambos do CPP-B.

3.3.2. Quando o investigado/acusado for reincidente mantiver conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional

Como hipótese impeditiva da celebração do acordo em comento, encontra-se o fato de o investigado ser reincidente ou mantiver conduta criminosa habitual e/ou profissional, fazendo da “vida do crime”, sua “profissão”, exceto se as infrações pretéritas praticadas forem insignificantes, nos termos do art. 28-A, §2º, Inciso II, do CPP-B.

Ressalte-se que, conforme conceitua Luiz Flávio Gomes:

(...) o crime (...) insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (...). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso²⁴³.

Leonardo Lopes Sardinha preleciona que, andou bem o legislador ao vedar a celebração do acordo de não persecução penal quando se verificar, por meio de elementos probatórios, que o sindicado já se envolveu em práticas delitivas anteriores, configurando a reincidência, ou, ainda, quando este faz do crime o seu meio de vida, caracterizando conduta criminal habitual, reiterada ou profissional²⁴⁴.

Em sentido contrário, a doutrina de Bizzotto e Silva, critica a opção do legislador em não permitir a celebração do pacto em caso de ser o agente reincidente. Segundo eles, a

²⁴⁰ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 72.

²⁴¹ Dispõe o art. 28-A, § 2º, do Código de Processo Penal que: “O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo”.

²⁴² Nos termos do art.28-A, §2º, do Código de Processo Penal: “O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”.

²⁴³ GOMES, Luiz Flávio - **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3º ed. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.19.

²⁴⁴ SARDINHA, Leonardo Lopes. *Ob. Cit.*, p. 92.

“reincidência continua marcando os indivíduos condenados como verdadeira letra escarlate, com o selo indelével de passagens seguramente confirmadas pelo sistema penal²⁴⁵”.

Para os autores, a estigmatização que é operada em face dos reincidentes criminais acaba por inviabilizar a possibilidade de aplicação de instrumentos processuais penais módicos, mesmo sendo esses institutos vistos com “verdadeiro caráter preventivo e que tem como propósito justo evitar a recidiva criminosa²⁴⁶”.

Ademais, cabe esclarecer que, a associação criminosa pode caracterizar conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, mesmo que os envolvidos não sejam reincidentes, o que constitui impedimento para realização do ajuste analisado.

Mostra-se importante analisar o caso concreto para descobrir se a associação foi recentemente constituída, sem a prática anterior de qualquer crime, ou se a associação é antiga e executou outros delitos, o que faz incidir a vedação legal ora explicitada.

Outrossim, a prática da lavagem de dinheiro²⁴⁷, também, por si só, não significa conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, fazendo-se necessário o estudo do evento criminoso na realidade. Se houver reiteração ou envolvimento de organização criminosa, isso constituirá causa de aumento de pena, eliminando a possibilidade de acordo.

3.3.3. Ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Este impeditivo legal atinge quaisquer dos benefícios enunciados, no período antecedente a cinco anos, não havendo óbice para que novo acordo possa ser realizado, desde que noutra persecução penal, decorridos o prazo de 5 anos, e que não tenha incidido outra causa impeditiva, como eventual suspensão do processo ou condenação transitada em julgado naquela persecução cujo acordo foi interrompido.

Assim, um novo acordo de não persecução penal só pode ser celebrado, se o agente tiver sido beneficiado por esse instrumento pelo prazo superior de 5 anos da prática da infração penal que enseja a formalização do ajuste em comento.

²⁴⁵ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 73.

²⁴⁶ *Idem.*, *Ibidem.*

²⁴⁷ O sentido e a definição aqui empregados são os mesmos do “**branqueamento de capitais**”, expressão mais comumente utilizada na Espanha, França e Portugal.

3.3.4. Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

O art. 28-A, § 2º, IV, do CPP-B, proibiu a realização de acordo de não persecução penal nos casos de crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher ou praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

Essa opção do legislador de criar mecanismos que objetivam coibir a violência doméstica e de gênero foi bastante elogiada pela doutrina brasileira. Representantes dessa posição, os autores Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva, afirmam que, a descrição legal em comento atende aos princípios da igualdade e da isonomia. Com isso, o “objetivo central é dar substancialidade aos mandamentos constitucionais, para tanto, valendo-se políticas de ações afirmativas e/ou de políticas de discriminações positivas, como neste inciso²⁴⁸”.

Mauro Messias descreve que, segundo os dados fornecidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2019), 536 mulheres foram vítimas de agressão física a cada hora, no ano de 2018, o equivalente a 4,7 milhões de mulheres brasileiras. Ora, perante esse quadro absolutamente alarmante, a integridade física da mulher não parece se encontrar suscetível a espaços de consenso na área criminal²⁴⁹.

Essa conclusão já era adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na Súmula n.º 536²⁵⁰, que veda a transação penal e a suspensão condicional do processo aos delitos alcançados pela Lei Maria da Penha, referendando, pois, o teor do ar. 41 da Lei n.º 11.340/2006.

Ademais, há ainda a proibição de acordo quando o crime for praticado contra mulher por razões de condição do sexo feminino, como por exemplo, o delito de “perseguição qualificada²⁵¹”, previsto no art. 147-A, § 1º, II do CP-B.

Importante destacar que a violência compreendida nesse item vai além do disposto no *Caput*, do Art. 28-A, do CPP-B, acompanhando a definição dada pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) em seu art. 5º, que define também, como atos de violência, para fins do

²⁴⁸ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 78.

²⁴⁹ MESSIAS, Mauro. *Ob. Cit.*, p. 29.

²⁵⁰ O teor da **Súmula 536**, editada pela Terceira Seção do STJ, diz que: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”. Julgada em 10/06/2015.

²⁵¹ Assim dispõe o art. 147-A, §1º, Inciso II, do Código Penal: “Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. § 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código”.

conceito de violência doméstica e familiar, “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial²⁵²”.

3.4. Fase Judicial e Consequências do Descumprimento

A fase judicial do acordo de não persecução penal ocorre em audiência de homologação do ajuste, momento em que o juiz perguntará ao investigado se ele tem ciência da acusação e dos termos do acordo. Detalhará as condições constantes no contrato e verificará se o acusado tem conhecimento delas.

O magistrado fará constar no termo de audiência a inquirição do imputado quanto ao entendimento da natureza da acusação e às consequências da admissão de culpa. Também deve verificar se há provas da materialidade e da autoria do delito. A declaração de culpa precisa ser voluntária, livre de coerção ou falsas promessas.

Na seara da audiência especial para a homologação, estão presentes as características da predominância da palavra falada, da publicidade e da concentração e a imediação entre o juiz e as partes. Também a identidade física do julgador é essencial, na medida em que apenas o magistrado que tomou contato com as partes em audiência e, principalmente, que ponderou a voluntariedade do investigado em cumprir o acordo, é que pode dar a decisão de apreciação sobre o pedido de homologação²⁵³.

Por sua vez, a análise da voluntariedade do acordante significa (1) a sua entrevista pessoal em audiência judicial; (2) o exame da ausência de constrangimento, ameaça ou violência por parte do membro do Ministério Público durante a negociação; e (3) a verificação da inteligibilidade do teor da acusação narrada, das condições acordadas e das consequências do cumprimento e descumprimento do acordo.

Nesse sentido, leciona Mauro Messias, “cumpre ao magistrado estudar se o acordo não incorre em nenhuma vedação legal, foi precedido por consulta à vítima e se o investigado foi devidamente advertido de seus direitos e garantias constitucionais²⁵⁴”.

Ainda, o investigado pode se retratar da declaração de culpa por qualquer motivo, desde que o faça antes da homologação da avença. Se o fizer em momento posterior, mostra-se impossível a retratação.

²⁵² Definição dada pelo art. 5º, da Lei 11.340/2006 que assim dispõe: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

²⁵³ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 95.

²⁵⁴ MESSIAS, Mauro. *Ob. Cit.*, p. 82.

Ademais, o juiz pode homologar ou rejeitar o acordo. Se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições impostas, devolverá o compromisso ao Ministério Público para as adequações necessárias, inexistindo hipótese de homologação parcial do ajuste.

Após nova proposta, o juiz poderá recusá-la novamente, hipótese em que os autos serão devolvidos ao Ministério Público, para oferecimento da denúncia, nos termos do art. 28-A, § 8º, do CPP-B.

Embora o dispositivo em análise também faculte ao *Parquet* a complementação das investigações, é sabido que o acordo de não persecução penal apenas tem cabimento nas hipóteses de justa causa para a ação penal, ou seja, finda a fase investigativa.

De todo modo, saliente-se que, nas duas formas de recusa judicial, o membro do Ministério Público e/ou o acordante, poderão interpor recurso em sentido estrito, conforme disposto no art. 581, inciso XXV, do CPP-B²⁵⁵, especialmente se o juízo extrapolar a análise formal da avença e adentrar o seu mérito.

Destaque-se a importância de presença do investigado, posto que o ato é personalíssimo, acompanhado de sua defesa técnica, por meio de advogado ou defensor público.

Quanto à participação do Ministério Público na audiência de validação do acordo, a sistemática do CPP-B, a partir da redação e inteligência de seu art. 257, funciona no sentido de sua participação no ato, inclusive como fiscal da lei, facilitando a consecução do ato, esclarecendo eventuais dúvidas do magistrado quanto aos termos ou redimensionando o acordado no ato, quando existente necessidade de ajustes²⁵⁶.

Na decisão judicial pode constar também a destinação dos bens apreendidos ou mesmo a restituição de fiança arbitrada. Caso os bens sejam de propriedade de terceiro, por serem de origem ilícita, ou se ilícitos, a decisão judicial resolverá as pendências, sendo aceitável que a discussão sobre a destinação dos bens continue no juízo que homologou o acordo.

Homologado o acordo, fica suspenso o curso do prazo prescricional, podendo ser retomado em caso de descumprimento injustificado, após decisão judicial que rescinde o negócio jurídico-processual.

Não deve constar também, a partir da celebração, o nome do investigado em certidão de antecedentes criminais, diferente do que ocorre com a transação penal e com a suspensão

²⁵⁵ Assim dispõe o art. 581, Inciso XXV, do Código de Processo Penal: “Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: XXV: que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei”.

²⁵⁶ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 98-99.

condicional do processo. Tal registro remanesce apenas para controle interno do Judiciário, a fim de impedir novo acordo no prazo legal de cinco anos.

Registre-se que nos termos do art. 28-A, § 9º do CPP-B, a vítima deverá ser intimada da decisão homologatória do acordo de não persecução penal, emergindo seu interesse recursal, caso não concorde com os seus termos²⁵⁷.

Em caso de cumprimento integral do acordo celebrado, deverá ser decretada, por sentença, a extinção da punibilidade do investigado, nos termos do art. 28-A, §13, do CPP-B.

Destaque-se que, o magistrado não pode determinar ao Ministério Público a oferta do referido acordo. Nesse sentido, restou assim decidido, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC 194677/SP, que “Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao MP a celebração de acordos²⁵⁸”.

No que se refere à fiscalização do acordo, a responsabilidade por tal função compete ao Ministério Público, que deverá provocar o juiz da execução para que se realize audiência de justificação sobre a inadimplência, instante em que, no exercício do contraditório, o executado pode se defender e justificar eventuais motivos, com a presença da defesa pessoal e técnica e do promotor de justiça.

Acerca da necessidade de possibilitar o contraditório ao executado quando da realização de audiência para justificar eventual descumprimento do acordo, encontra-se abaixo, julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que pacifica o entendimento sobre o tema:

EMENTA: Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas. Acordo de não persecução penal. Rescisão. Necessidade de participação da defesa. Respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. (...)

2. (...)

3. Muito embora seja possível a rescisão do acordo de não persecução penal (§ 10 do art. 28-A do CPP), necessário, para preservação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, oportunizar à defesa a manifestação acerca do pedido formulado pelo Ministério Público.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade da decisão que rescindiu o acordo de não persecução penal, devendo outra ser proferida, intimando-se, previamente, a defesa do paciente, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (STJ - HC: 615384 SP 2020/0250469-5, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de

²⁵⁷ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 117.

²⁵⁸ HC 194677/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento:11/05/2021 (Info 1017). Órgão Julgador: Segunda Turma do STF.

Havendo, também, a descoberta *a posteriori* da presença de qualquer um dos requisitos que vedam o acordo, ele será rescindido. Até porque, conforme leciona Francisco Dirceu Barros, as partes devem agir com transparência, inclusive o investigado. “Isso significa dizer que é dever dos acordantes não omitir qualquer aspecto relevante ao que está sendo discutido, e, da mesma forma, não usar nenhum expediente que possa induzir a outra parte a erro²⁶⁰”, sob pena de rescisão do acordado.

Outrossim, verificado o descumprimento injustificado das obrigações acordadas pelo investigado, faz-se necessário o oferecimento da ação penal, instaurando-se o processo penal a fim de ser aplicada a sanção penal ao caso concreto. Atesta-se, deste modo, que os encargos previstos no acordo de não-persecução penal não possuem natureza jurídica de pena na acepção jurídica do termo, uma vez que o Estado não poderá impor coercitivamente o cumprimento de tais obrigações, na hipótese de descumprimento pelo investigado.

Ademais disso, o descumprimento do acordo pode servir de fundamento para o não oferecimento da suspensão condicional do processo, conforme disposto no art. 28-A, §11, do CPP-B. Isso só faz sentido quando, num crime suscetível de *sursis* processual ou acordo, este seja celebrado primeiro e venha a ser descumprido, de forma que ainda seja possível a suspensão do processo.

Finalmente, no caso de recusa do Ministério Público em propor o acordo, o investigado pode requerer a remessa dos autos ao órgão superior da instituição, que avaliará as razões apresentadas. Se concordar com elas, manterá a negativa; se discordar, será designado outro órgão ministerial para negociar o pacto, na forma do art. 28 do CPP-B²⁶¹.

Apontadas todas as características do “acordo sobre a pena aplicável” em Portugal e do “acordo de não persecução penal” no Brasil, resta agora demonstrar as diferenças mais significativas entre um instituto e outro. Este será o conteúdo do próximo capítulo.

²⁵⁹ STJ - HC: 615384 SP 2020/0250469-5, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 09/02/2021. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA do STJ., Data de Publicação: DJe 11/02/2021.

²⁶⁰ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Ob. Cit.*, p. 67.

²⁶¹ Assim dispõe o art. 28, do Código de Processo Penal: “Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei”.

Capítulo 4: ANÁLISE COMPARATIVA DA PROPOSTA DA LEI Nº 90/XIX REFERENTE AO ACORDO SOBRE A PENA APLICÁVEL EM PORTUGAL E DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Partido do objetivo de realizar uma análise comparativa entre o chamado “Acordo sobre a Pena Aplicável” em Portugal e o “Acordo de Não Persecução Penal” no Brasil, entende-se como necessário reforçar que o exame em tela procura apresentar as semelhanças e diferenças entre as legislações dos dois países no tocante aos institutos de justiça consensual em comento, sem, contudo, proceder a uma análise a partir da metodologia do direito comparado, tendo em vista que, o “Direito Comparado” é uma técnica que exigiria um confronto crítico de cada instituto, o que não foi realizado na presente exploração científica.

Ainda que não se trate de uma investigação que utilize do método do direito comparado, tal pesquisa mostra-se relevante na medida em que, o estudo de diferentes sistemas normativos estrangeiros amplia a leitura do mundo, dos costumes e práticas de cada povo, sendo fonte de enriquecimento cultural e intelectual.

No mundo globalizado de hoje, expresso pela crescente movimentação das pessoas, das mercadorias e dos capitais estrangeiros, ocorre o rompimento das fronteiras dos Estados, promovendo, assim, uma maior integração entre os países, despertando certamente o interesse pelo estudo de questões jurídicas e internacionais através da disciplina do Direito Comparado.

Tal constatação sugere que o comparatismo jurídico deverá florescer e difundir-se de modo significativo, até porque, as relações internacionais e a edificação de uma ordem jurídica internacional exigem a cooperação de ideias e o conhecimento dos diferentes direitos estrangeiros. Daí a importância de estudos que procuram esclarecer o significado de certos institutos jurídicos, normas e conceitos através da pesquisa de vários ordenamentos jurídicos, identificando suas semelhanças e diferenças.

4.1. Análise Comparativa desses Mecanismos de Justiça Consensual em Portugal e no Brasil

Na narrativa construída no Capítulo 3 do presente trabalho, foram estabelecidos os delineamentos básicos dos dois institutos consensuais, em análise, no sistema jurídico penal de Portugal e do Brasil. Cabe agora estabelecer os pontos de similitudes e dissimilitudes entre os elementos constitutivos dos instrumentos de justiça consensual pesquisados.

4.1.2. Da Nomenclatura e do Conteúdo dos Institutos de Consenso analisados: Acordo sobre Sentenças em Portugal e o Acordo de Não Persecução Penal no Brasil

Entende-se que, a primeira distinção que merece destaque no presente estudo refere-se à nomenclatura dos institutos em comento. Embora os instrumentos processuais penais em evidência apontem para uma opção legislativa voltada para a promoção do consenso em relação a determinadas práticas criminais, a terminologia e o conteúdo de cada ferramenta apresenta diferenças que merecem realce.

Nesse sentido, cumpre apontar que, no caso de Portugal, ainda não existe a normatização específica do instituto de “Acordo Sobre Sentenças”. O que existe hoje é uma proposta de lei (Proposta de Lei nº 90/XIV), em discussão no Parlamento Lusitano a partir das ideias trazidas pelo Professor Figueiredo Dias²⁶².

Essa Proposta de Lei, pretende proceder à várias alterações no ordenamento jurídico penal de Portugal, destacando-se aditamentos ao Código de Processo Penal, com o objetivo de possibilitar a realização de acordo sobre a pena aplicável, tendo como pressuposto a livre confissão dos fatos imputados ao arguido. Assim, a Proposta de Lei nº 90/XIX, propõe a inclusão, no Código de Processo Penal Português do art. 313º-A.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, o projeto legislativo citado traduz-se num mecanismo mais célere e eficaz na resolução de conflitos penais, valorizando a participação dos sujeitos processuais e a confissão do arguido.

Ademais, a proposta lusitana de “acordo sobre a pena aplicável” assenta na determinação do limite máximo da pena a ser aplicada, fundado na confissão em julgamento dos fatos que são imputados ao arguido na acusação ou na pronúncia, cabendo ao tribunal controlar e comprovar a validade e a credibilidade da confissão e determinar a pena concreta a ser cumprida pelo arguido, dentro dos limites estabelecidos no acordo alcançado.

Observe-se que; o acordo admitido na proposta lusitana implica na existência de abertura de uma audiência prévia, local onde deve ocorrer a celebração do pacto sobre o limite máximo da pena aplicável, bem como o da pena acessória eventualmente aplicável, através de negociação realizada entre o Tribunal, o Ministério Público e o arguido, obrigatoriamente assistido por defensor. Assim, o acordo deverá ser celebrado antes do início da audiência de julgamento.

Veja-se, assim que, três são os sujeitos processuais que participam da celebração do, a saber, o Tribunal, o Ministério Público e o Arguido e que o objeto do pacto é o limite máximo

²⁶² Ideias apresentadas em seu livro: **Acordo sobre a sentença em Processo Penal: O “fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

de pena aplicável.

Nesse sentido, a proposta legislativa em comento autoriza que, quando o objeto do acordo tiver como limite máximo da pena aplicável, o prazo não superior a cinco anos de prisão, seja substituída por pena não privativa de liberdade.

Faculta ainda, caso venha a ser concretamente determinada pena de prisão efetiva não superior a dois anos, a sua execução em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância.

Por outro lado, no caso do Brasil, o “acordo de não persecução penal” encontra-se normatizado através da edição da Lei nº 13.964/2019 que acrescentou o art. 28-A no CPP-B, consagrando regramento legal expreso acerca do instituto.

No ordenamento jurídico brasileiro, quando o Ministério Público recebe um inquérito policial, o *Parquet* deve analisar as peças inquisitórias e propor a abertura de ação penal ou o arquivamento do inquérito, se não verificar justa causa para a propositura da persecução penal.

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante algumas condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Nota-se que, em Portugal, a proposta de acordo se aplica aos crimes, cuja pena a ser aplicada não seja superior a cinco anos de prisão; ou aos crimes em que a pena de prisão efetiva não seja superior a dois anos, não se detalhando nenhum outro requisito para a permissão de eventual acordo sobre a pena aplicável.

De modo diverso, no Brasil, o acordo de não persecução penal apenas se aplica aos crimes sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Desse modo, no cenário brasileiro, exige-se ao menos três requisitos básicos para a realização de eventual acordo: a ausência de violência ou grave ameaça e delitos com baixo potencial ofensivo, cuja pena aplicável seja inferior a 4 anos de prisão.

Assim, no contexto brasileiro, o acordo de não persecução penal é um tipo de pacto feito com o Estado no qual o autor de um delito, nos crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 anos, aceita a imposição imediata de penas restritivas de direito para evitar a ação penal. Depois de homologado e cumprido o pactuado, a pretensão punitiva do Estado restará extinta.

Dessa forma, diferentemente da proposta lusitana, na legislação brasileira sobre acordos de sentença não se fala em aplicação de pena. De fato, o que se tem são obrigações

estabelecidas mediante negociação entre o Ministério Público e o investigado, como por exemplo, o compromisso do pagamento de multa ou prestação de serviços à comunidade. Logo, no caso do acordo brasileiro, não se negocia “pena”, mas se “ajustam condições”.

Lado outro, na hipótese de eventual descumprimento pelo investigado, das obrigações acordadas, o Ministério Público deverá promover o oferecimento da ação penal, instaurando-se o processo penal a fim de ser aplicada a sanção penal ao caso concreto. Aí sim, haverá a aplicação de uma pena cominada e não o ajuste de condições a serem cumpridas.

Outrossim, de modo semelhante à Portugal, a formação de acordos penais no Brasil tem a participação do Ministério Público, do investigado e de seu defensor. Todavia, de modo diverso da proposta lusitana que autoriza a participação do Tribunal nas tratativas do acordo, no Brasil, o juiz apenas homologa ou rejeita o pacto, analisando se o termo não incorre em nenhuma vedação legal, se o investigado foi devidamente advertido de seus direitos e garantias constitucionais. Verifica ainda se há provas da materialidade e da autoria do delito, bem como se a declaração/confissão de culpa ocorreu de forma voluntária, livre de coerção ou falsas promessas.

Assim, na futura legislação portuguesa sobre o tema aqui analisado, o magistrado participaria das tratativas do acordo, ao passo que no Brasil, o juiz atua como uma espécie de “fiscal” do pacto celebrado entre o *Parquet* e o acusado assistido por seu advogado, não podendo participar das tratativas do acordo.

4.1.3. Dos Requisitos Autorizadores da Realização dos Acordos em Portugal e no Brasil

A proposta legislativa portuguesa acerca da possibilidade de realização de acordos sobre a pena aplicável traz apenas três pressupostos autorizadores do acordo, quais sejam, a confissão livre, integral e sem reservas dos fatos que são imputados ao arguido, bem como a concordância do Ministério Público e do arguido e a audição do assistente constituído conforme disposto no art. 68, nº 1, alíneas a) a d), do CPP-P²⁶³.

²⁶³ Assim dispõe o art. 68, nº 1, alíneas a) a d), do Código de Processo Penal Português: 1 - Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito:

- a) Os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos;
- b) As pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento;
- c) No caso de o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, irmãos e seus descendentes, salvo se alguma destas pessoas houver participado do crime;

Assim, no cenário português, importa a confissão do arguido sobre os fatos criminosos que lhe são imputados. Confissão essa que deve ser livre, voluntária, sem que nenhum constrangimento seja dirigido ao arguido, respeitando assim a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, da Carta Magna lusitana que decreta ser este valor a base da República Portuguesa. Interessa ainda a concordância do *Parquet* e do arguido com os termos do acordo e a participação do assistente constituído.

Havendo o preenchimento desses requisitos e sendo hipótese de delitos cuja pena a ser aplicada não seja superior a cinco anos de prisão; ou aos crimes em que a pena de prisão efetiva não seja superior a dois anos, a proposta legislativa lusitana autoriza a realização do chamado “acordo sobre a pena aplicável”.

Lado outro, a legislação brasileira que autoriza a realização do acordo de não persecução penal, impõe algumas condições para que o referido pacto seja celebrado, cabendo ao Ministério Público negociar com o infrator penal as obrigações que este assumirá.

Nesse sentido, segue abaixo os encargos legais que o criminoso deve assumir para se beneficiar do trato penal²⁶⁴:

I - Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - Pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

d) No caso de o ofendido ser menor de 16 anos ou por outro motivo incapaz, o representante legal e, na sua falta, as pessoas indicadas na alínea anterior, segundo a ordem aí referida, ou, na ausência dos demais, a entidade ou instituição com responsabilidades de protecção, tutelares ou educativas, quando o mesmo tenha sido judicialmente confiado à sua responsabilidade ou guarda, salvo se alguma delas houver auxiliado ou participado no crime;

²⁶⁴ As disposições contidas no art. 28-A, do Código de Processo Penal Brasileiro, estabelecem as condições para que o acordo de não persecução penal possa ser ofertado pelo Ministério Público ao agente infrator e foram explicadas no Capítulo 3 de forma pormenorizada.

Assim, de modo diverso das disposições lusitanas, no caso do Brasil, o infrator deve assumir o compromisso de cumprimento de determinadas obrigações que serão negociadas por ele e pelo membro do Ministério Público para que o acordo seja realizado. Trata-se de condições descritas na lei e que serão aplicadas, conforme o caso concreto em exame, no momento das tratativas do pacto.

Dessa forma, com base na legislação brasileira, os investigados aceitam cumprir determinadas exigências que restringem direitos, em substituição a uma eventual pena privativa de liberdade, caso ocorresse uma condenação judicial.

4.1.4. Das Situações que Impedem a Realização dos Acordos em Portugal e no Brasil

Na proposta de Lei referente ao instituto “acordo sobre a pena aplicável” em Portugal, não consta nenhuma situação impeditiva para a celebração do referido pacto. O texto legal em análise no parlamento português apresenta as implicações a que o arguido se encontra submetido no caso de celebração do acordo.

Na hipótese, o acordo sobre a pena acarreta a renúncia à produção da prova relativa aos fatos imputados e consequente consideração destes como provados; a passagem imediata à produção da prova relevante para a determinação da pena e a isenção da taxa de justiça.

Observe-se que; a aceitação do acordo por parte do arguido implica que ele abre mão do contraditório e aceita como provados os fatos que lhe foram imputados, abrindo passagem para a aplicação imediata da pena aplicável ao caso concreto, situação já prevista no regime geral da confissão.

Ademais, com a aceitação da celebração do pacto, o arguido fica isento da taxa de justiça que, segundo o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República (PGR) “corresponde a uma prestação pecuniária que, em regra, o Estado exige aos utentes do serviço judiciário no quadro da função jurisdicional por eles causada ou de que beneficiem, como contrapartida do serviço judicial desenvolvido²⁶⁵”.

Tal taxa é fixada em função do valor e da complexidade da causa e paga, em regra, integralmente e de uma só vez, no início do processo, por cada parte ou sujeito processual²⁶⁶.

²⁶⁵ Parecer Consultivo da Procuradoria Geral da República: P000402011.Relator: Manuel Matos. Data da Votação: 19/04/2012.Jurisprudência: AC da RELAÇÃO de 2012/02/23.

²⁶⁶ *Idem*.

Ademais disso, ao arguido também é assegurado que, na falta de acordo, sua confissão não pode ser utilizada como prova, desentranhando-se dos autos quaisquer documentos que permitam reconstituir a interação entre os sujeitos processuais.

De outro modo, a legislação brasileira apresenta algumas hipóteses que impedem a celebração do acordo de não persecução penal, obviamente relacionadas aos requisitos que autorizam a celebração do referido pacto, como não ser crime cuja pena mínima seja superior a quatro anos e não ser infração penal praticada com violência ou grave ameaça.

As circunstâncias impeditivas da formalização do acordo em comento são²⁶⁷:

I - Se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - Ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Observe-se que, os eventos que podem obstaculizar o acordo em análise, destacam determinadas práticas incompatíveis com um instituto que objetiva, de alguma forma, “beneficiar” o agente, substituindo eventual pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direito.

Trata-se de hipóteses no qual o agente é reincidente ou faz uso da conduta criminosa de forma habitual, reiterada e de forma profissional; ou ainda, já foi beneficiado pelo acordo ou outros institutos similares num espaço curto de tempo, a saber, nos últimos cinco anos anteriores e, principalmente, se o crime praticado se deu no âmbito de violência doméstica ou familiar ou contra a mulher, prevalecendo-se da condição de gênero.

Especificamente em relação ao último item que proíbe a celebração de acordo, mostra-se relevante pontuar que, o quadro absolutamente alarmante de violência contra a mulher justifica não admitir que sua integridade física se encontre suscetível a espaços de consenso na área criminal.

²⁶⁷ As hipóteses impeditivas para a celebração do acordo de não persecução penal, encontram-se descritas no § 2º do art. 28-A, do Código de Processo Penal Brasileiro e foram explicadas no Capítulo 3 de forma pormenorizada.

Ademais, importa destacar que, a violência doméstica e familiar compreendida pela legislação brasileira implica em “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, consoante determinação do art. 5º, da Lei nº 11.340/2006, também chamada de “Lei Maria da Penha²⁶⁸” e que nasceu com o objetivo de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

4.1.5. Da Existência de Responsabilidade Criminal e Patrimonial nos Acordos no Ordenamento Jurídico Português e Brasileiro

A proposta legislativa que objetiva possibilitar a celebração de acordo sobre a pena aplicável no ordenamento jurídico português implica numa iniciativa que visa corresponder ao objetivo traçado no Programa do XXII Governo Constitucional, de combate à corrupção.

Desse modo, segundo disposto na exposição de motivos da proposta legislativa, a gênese da iniciativa legiferante em análise é, por conseguinte, a Estratégia, cujo objetivo busca concretizar algumas das propostas apresentadas na “Estratégia Nacional Anticorrupção”.

Assim, parece claro que, a aplicação do pacto deve incidir sobre os crimes relacionados ao corrompimento financeiro. Em sentido contrário, o Conselho Superior da Magistratura defende que o acordo trazido pelo projeto de lei aplica-se a toda a criminalidade, não se limitando à área da corrupção ou criminalidade econômica, incluindo os crimes contra bens jurídicos pessoais.

Ocorre que a exposição de motivos da proposta legislativa sustenta que, “o acordo não abrange nem prejudica a perda de bens, ainda que alargada²⁶⁹”. Não por outra razão, o parecer do Conselho Superior do Ministério Público destacou a necessidade, igualmente indispensável, de que fosse estabelecido na lei “uma norma expressa que determine que o acordo não poderá abranger o regime legal previsto para o confisco dos instrumentos produtos ou vantagens, mesmo aquele que se encontra previsto na Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro²⁷⁰”.

²⁶⁸ Lei que faz homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de tentativa de feminicídio, em 1983, tendo ficado paraplégica, após o crime. Após intensa luta para ver o agressor preso e formulação de denúncias internacionais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), condenou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica e recomendou que fosse criada uma legislação adequada a esse tipo de violência, resultando na referida lei.

²⁶⁹ Exposição de motivos da Proposta de Lei nº 90/XIV, da Presidência do Conselho de Ministros, apresentada ao Parlamento em 05 de maio de 2021, p. 12.

²⁷⁰ Parecer apresentado pelo Conselho Superior do Ministério Público, emitido em 18 de julho de 2021.

Nesse diapasão, o Conselho sustenta a existência de dificuldades e limitações ao confisco das vantagens e dos benefícios econômicos obtidos com a práticas criminosas, devendo tal situação ser corrigida pela via legislativa o quanto antes.

Assim, resta claro que a proposta de lei lusitana não trata acerca da responsabilidade patrimonial do agente infrator, mantendo o foco na responsabilidade criminal, ainda que tudo indique que sua aplicação cabe aos crimes relacionados à corrupção. Certamente por tal motivo, o Órgão do *Parquet* afirma que, o aperfeiçoamento dos mecanismos de confisco do enriquecimento ilícito obtido pelos ganhos do crime mostrar-se-ia mais “eficaz no âmbito dos crimes de corrupção do que uma estratégia exclusivamente orientada para a responsabilização criminal²⁷¹”.

De modo contrário, a legislação brasileira de regência do instituto em análise, indica como uma das condições do acordo, justamente à renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, facilitando o confisco das vantagens econômicas propiciadas pelo crime.

Tal medida mostrou-se necessária porque, como no acordo de não persecução penal não existe condenação, os equipamentos utilizados na prática do delito, assim como o proveito do agente, não são confiscados e poderiam permanecer com o autor do delito. Para evitar que tal fato ocorra, o legislador determinou que uma das exigências para a realização do acordo, fosse a renúncia voluntária a esses bens.

Assim, as ferramentas do crime serão encaminhadas à União e o produto ou proveito obtido da prática criminosa pertence ao lesado ou ao terceiro de boa-fé.

Além disso, em regra, a lei impõe como obrigação a ser cumprida pelo infrator, a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima. Logo, se houver no caso em tela a possibilidade da execução de tal medida, o agente deve ressarcir o prejuízo causado à vítima.

Dessa forma, diferentemente da opção legislativa de Portugal, a norma brasileira optou por contemplar no instituto do acordo de não persecução penal, a responsabilização criminal e patrimonial do sujeito infrator.

²⁷¹ Parecer apresentado pelo Conselho Superior do Ministério Público, emitido em 18 de julho de 2021.

4.1.6. Da Participação da Vítima nos Acordos em Portugal e no Brasil

De acordo com a explicação de Guilherme de Souza Nucci, vítima é o sujeito passivo do crime, ou seja, a pessoa que teve o interesse ou o bem jurídico protegido, diretamente violado pela prática da infração penal²⁷².

A doutrina brasileira distingue a terminologia conforme a natureza do crime, conforme ensinamentos de Alessandra Greco. Dessa forma, a palavra “**vítima**” deveria ser usada nos crimes contra a pessoa; “**ofendido**” para os crimes contra a honra e contra os costumes; “**lesado**” nos crimes patrimoniais; “**vítima e prejudicado**” nos crimes de homicídio, sendo vítima o morto e prejudicado aquele que dependia financeiramente do morto²⁷³.

Ademais, para atuar em juízo, o ofendido precisa ter capacidade processual, que adquire aos 18 anos e desde que não seja mentalmente enfermo ou retardado, conforme dispõem os arts. 33 e 34, do CPP-B. Do contrário, o direito deverá ser exercido por seu representante legal ou curador especial.

Para o Processo Penal brasileiro, consoante determinação do art. 201, o ofendido deve ser ouvido, sempre que possível, durante a instrução, a fim de colaborar com a apuração da verdade real, inclusive indicando provas e apontando quem presume ser o autor do delito.

No Processo Penal português, nos termos do art. 67º - A²⁷⁴, vítima é a pessoa singular que sofreu diferentes tipos de danos (emocional, moral, patrimonial, à sua integridade física), em virtude da prática de um crime. São também tidos como vítima os familiares de pessoa falecida cuja morte tenha sido diretamente causada em virtude da prática de um crime, desde que tenham sofrido um dano em virtude dessa morte e a chamada “vítima especialmente vulnerável” como aquela cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do fato de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social e as que sofreram com a criminalidade violenta e especialmente violenta.

²⁷² NUCCI, Guilherme de Souza - **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1017.

²⁷³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro - **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 17-18.

²⁷⁴ A figura da vítima, enquanto sujeito processual, foi introduzida no Código de Processo Penal pela Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, que procedeu à vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal e aprova o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substituiu a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, e criou, igualmente, o Estatuto da Vítima. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2394&pagina=1&ficha=1.

Também importa destacar a diferenciação que a lei faz dos sujeitos do processo conforme a conduta criminosa contra ele perpetrada. Assim, segundo o disposto no art. 68º, nº 1, alínea a), “**ofendido**” são os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos; “**lesado**”, nos termos do art. 74º, nº 1, será a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir assistente²⁷⁵.

Ainda, assistem à vítima os direitos de informação, de assistência, de proteção e de participação ativa no processo penal, bem como o direito de colaborar com as autoridades policiais ou judiciárias competentes, prestando informações e facultando provas que se revelem necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa (art. 67.º-A do CPP-P e Estatuto da Vítima).

Nesse diapasão, o projeto de lei que espera reger a realização de acordos penais no ordenamento jurídico português não contempla a participação da vítima em nenhum momento da formalização do pacto. Talvez, por essa razão, o Conselho Superior do Ministério Público sugeriu em parecer que, a proposta legislativa “deveria incluir-se a **obrigatoriedade de audição da vítima**, independentemente de assumir a qualidade de assistente²⁷⁶”.

Na visão do órgão, um mecanismo dessa natureza deveria oportunizar à vítima a exposição de suas razões, especialmente nos casos de reparação e nos crimes de violência doméstica ou nos crimes sexuais.

No mesmo sentido, o Conselho Superior da Magistratura também recomendou que o acordo penal em Portugal deveria se aplicar não apenas à área da corrupção ou criminalidade econômica, mas a todos os tipos de delito, inclusive nos crimes contra bens pessoais. Assim, seria necessário reforçar o papel da vítima na celebração do acordo, ouvindo-a e assegurando-lhe respostas à necessidade de reparação ao dano causado, ainda que não se exigisse o seu consentimento para a formalização do pacto²⁷⁷.

A ausência de determinação legal no projeto de lei que ambiciona reger os acordos penais no ordenamento jurídico de Portugal causa espécie, tendo em vista que, conforme destaca Nereu José Giacomolli, em vários diplomas do Conselho da Europa, é possível notar uma preocupação relevante com as vítimas de delitos. Nesse sentido, cita o autor, a Resolução nº (77), de 27 de setembro de 1977, a respeito da indenização das vítimas de infrações

²⁷⁵ GUIA, Maria João – O novo estatuto da vítima em Portugal: sujeito ou enfeito do Processo Penal Português? **Conpedi Law Review**. [Em linha]. Espanha.e- ISSN 2448-3931. Ano 2016. V. 2, N. 1 (Jan/Jun. 2016), p. 155-156. [Consult. 20 Out. 2021]. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/3600-10804-4-PB.pdf.

²⁷⁶ Parecer apresentado pelo Conselho Superior do Ministério Público, emitido em 18 de julho de 2021.

²⁷⁷ Parecer apresentado pelo Conselho Superior da Magistratura, emitido em 23 de junho de 2021, p.4.

criminais; a Convenção Europeia de 24 de novembro de 198, a qual se refere especificamente à indenização pelo Estado às vítimas de crimes violentos; a Recomendação (85)4, de 26 de março de 1985, no que tange à indenização das vítimas de violência familiar; a Recomendação (85)11, de 28 de junho de 1985, sobre a posição da vítima no ordenamento penal e processual penal; a Recomendação (87)21, de 17 de setembro de 1987, referente à assistência às vítimas e à prevenção da vitimização e a Resolução 40/34, de 11 de dezembro de 1985, da Organização das Nações Unidas (ONU), que estabelece os postulados básicos em favor das vítimas de crimes²⁷⁸.

Ademais, o legislador constituinte sentenciou que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, de sua Constituição.²⁷⁹. Significa dizer que, o ordenamento jurídico lusitano elegeu a “pessoa” como fundamento e fim da sociedade e do Estado, devendo-se buscar a edificação de um “Estado Humano”, cujo respeito aos direitos fundamentais seja um exemplo a ser perseguido, alcançando-se os valores ligados à dignidade humana²⁸⁰.

Por essas razões, causa estranheza a ausência a ausência de dispositivos, regulando a participação da vítima, na proposta legislativa que procura disciplinar os acordos sobre pena aplicável em Portugal.

No caso do Brasil, a legislação de regência do tema em análise, exige como uma das condições para a celebração dos acordos, a reparação do dano causado ou a restituição da coisa à vítima.

O supracitado autor Nereu José Giacomolli destaca a necessidade de se promover a valorização da vítima, retirando-a do plano secundário e sem proteção do aparato estatal para assegurar-lhe um tratamento justo, com a reparação, indenização e ampla assistência estatal²⁸¹.

Ainda segundo o autor, a proteção das vítimas é alcançada com o estabelecimento de formas de indenização dentro e fora do processo penal, com a exigência de uma pretensão de natureza patrimonial ou com o estabelecimento de meios reparatórios e compensatórios, “consensuados ou não”²⁸².

²⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006, p. 84.

²⁷⁹ Art. 1º, da Constituição da República Portuguesa que diz:” Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

²⁸⁰ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional** – Tomo IV: Direitos Fundamentais. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p.166.

²⁸¹ *Idem.*, p. 83-84.

²⁸² *Ibidem.*, p. 84-85.

No mesmo sentido, Leonardo Lopes Sardinha anota que tal condição promove a revalorização da vítima, destacando, ainda que nesse cenário [de acordo penal], é recomendável que a vítima tenha a oportunidade de participar da negociação levada a efeito entre o membro do Ministério Público e o investigado, fornecendo subsídios para se apurar o montante do valor devido, a título de reparação²⁸³.

Todavia, diferentemente da posição de Sardinha, em regra, a lei impõe como condição para a celebração de acordo penal, a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima. Porém, ela não participa da composição do acordo, ainda que, nas palavras de Nereu José Giacomolli:

(...) a possibilidade de participar de um processo dialogado, de discutir a indenização na primeira vez que é chamada a juízo, de obter um título executivo (acordo civil) ou a promessa de indenização, [no acordo de não persecução penal] promove a dignidade do ser humano ou, pelo menos, ameniza o sofrimento²⁸⁴.

Ademais disso, costuma-se apontar que o princípio da dignidade humana foi incorporado primeiramente na Constituição do México de 1917, depois na Constituição alemã da República de *Weimer* em 1919. Após a Segunda Guerra Mundial a dignidade humana foi incorporada em diversos documentos internacionais, dentre eles a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), demonstrando que tal princípio fora caracterizado como um valor-guia dos direitos humanos fundamentais justamente por sua carga axiológica-valorativa.

Seguindo essa linha de raciocínio e partindo do princípio de que, no Brasil, a tutela da vítima também encontra suporte constitucional no tratamento com dignidade do ser humano, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, Inciso III, da Carta Magna, parece estranho a ausência de dispositivo assegurando a participação da vítima no processo dialogado de formação dos acordos de não persecução penal.

Registre-se ainda que, nos termos do art. 28-A, § 9º do Código de Processo Penal, a vítima deverá ser intimada da decisão homologatória do acordo de não persecução penal,

²⁸³ SARDINHA, Leonardo Lopes. *Ob. Cit.*, p. 87.

²⁸⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Ob. Cit.*, p. 86

emergindo seu interesse recursal, caso não concorde com os seus termos²⁸⁵, bem como de seu eventual descumprimento por parte do acusado.

Ressalte-se que, apesar de a lei não autorizar a participação da vítima nas tratativas do acordo, assiste a ela o direito de recorrer da decisão judicial que homologar o pacto. Assim, caso discorde de algum dos termos do acordo celebrado, pode interpor recurso ao judiciário questionando o conteúdo pactuado.

Assim, diferentemente da proposta de lei regente sobre acordos criminais em Portugal, no Brasil, a lei apresenta o papel da vítima em três situações: Ao exigir, como um dos encargos para a celebração do acordo, a reparação do dano causado ou a restituição da coisa à vítima; ao assegurar que a vítima deve ser intimada da decisão homologatória do acordo e de seu descumprimento por parte do autor do fato.

4.1.7. Da Natureza do Crime e do Princípio da Legalidade no Caso Português e da Natureza da Ação Penal e do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal no Caso Brasileiro versus o Princípio da Oportunidade nos Acordos Penais

No que tange à natureza do crime em Portugal e à natureza da ação penal no Brasil, a primeira distinção que merece destaque diz respeito às terminologias utilizadas em cada um dos países analisados, destacando-se a diferença terminológica também em relação aos princípios que regem o tema em relação à possibilidade de celebração de acordos penais nos respectivos ordenamentos jurídicos.

Em Portugal, a referência para propositura da persecução penal é a natureza do delito, ao passo que no Brasil, as ações penais condenatórias têm por referência a titularidade do direito de ação.

Em Portugal, no que concerne à promoção processual penal, vigora o **Princípio da Legalidade/Oficialidade**, conforme orienta o art. 219º, da CRP e o art. 48º, do CPP-P, aplicando-se tal princípio aos crimes de natureza pública. No entanto, quando se trata dos crimes semi-públicos, para cujo andamento processual dependem de queixa do ofendido e dos crimes particulares, que necessitam de queixa e de constituição de assistente, o princípio da legalidade sofre um “desvio”.

Assim, em Portugal, a opção do órgão acusador pela adoção de instrumentos de consensos autorizados em lei, constituem “desvios ao princípio da legalidade”, tendo em vista que, apesar do MP ter recolhido indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, opta

²⁸⁵ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Ob. Cit.*, p. 117.

por não deduzir acusação e sim pela aplicação de “mecanismos processuais surgidos sob o signo do princípio da oportunidade²⁸⁶”.

Já no Brasil, o princípio que rege a atividade persecutória processual penal no ordenamento jurídico brasileiro é o **Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal**. De modo semelhante ao Princípio da Legalidade/Oficialidade em Portugal, o conteúdo do princípio brasileiro informa que diante de indícios de materialidade e de autoria criminal, o Ministério Público possui o dever legal de propor a ação penal pública, aplicando-se tal princípio às **Ações Penais Públicas Incondicionadas e Condicionadas à Representação**.

Observe-se que, embora as terminologias dos princípios que regem a persecução penal pública em Portugal e no Brasil sejam diferentes, o conteúdo informativo dos princípios é o mesmo.

Já em relação às **Ações Penais Privadas Principal ou Exclusiva; Privada Subsidiária da Pública e Privada Personalíssima**, vigora o **Princípio da Oportunidade**, que confere ao titular da ação a faculdade de sua propositura, na medida em que cabe à vítima ou ao seu representante escolher entre dar início ou não à persecução criminal.

Por fim, insta consignar que, diante do fato de Portugal ainda não possuir uma lei aprovada, estabelecendo os contornos para a celebração de acordos penais, mas apenas uma proposta de lei que se encontra em análise no Parlamento Lusitano, a comparação dos institutos analisou os itens possíveis de serem cotejados buscando semelhanças e diferenças.

Todavia, não se vislumbra na comparação em tela, dos elementos que compõem os distintos institutos, nenhum prejuízo para os objetivos do presente estudo.

²⁸⁶ CAEIRO, Pedro. *Ob. Cit.*, p. 8.

CONCLUSÃO

Diante da narrativa exarada no presente trabalho, pode-se concluir que, de modo geral, a tendência do processo penal mundial sempre foi o caminho da lógica do punitivismo. Todavia, esse caminho, baseado na ideia de que a aplicação do direito penal é a solução para todos os males da sociedade, acabou por inflacionar os tipos penais ampliando o número de infrações e de infratores, sobrecarregando o sistema judiciário, causando morosidade e pouca eficiência no julgamento dos delitos.

Esse cenário tem exigido dos países um movimento de incentivo a tendências de flexibilização de regras procedimentais e introdução de mecanismos de consenso no processo penal, fazendo com a justiça consensual criminal seja uma realidade em várias sociedades, como por exemplo, no ordenamento jurídico da Alemanha, da França, da Itália, dos Estados Unidos, de Portugal e do Brasil, dentre outros.

Ainda que, o regime jurídico de Portugal e Brasil não se caracterize por fazer da justiça negocial penal um elemento característico de seus sistemas criminais, pode-se afirmar que as ideias de consenso e celeridade processual tem assumido papel relevante na política criminal dos dois países.

Nesse sentido, destaca-se a existência de institutos consensuais penais em Portugal e no Brasil que foram criados pelo legislador local visando mitigar os efeitos da morosidade nas decisões penais. Tais mecanismos foram introduzidos nos respectivos ordenamentos jurídicos em análise, direcionando-os para os crimes de maior ocorrência, isto é, os de pequena e média gravidade, cuja solução em prazo razoável tornaria mais eficiente a prestação jurisdicional. Assim, nas hipóteses de pequena e média criminalidade, a lei portuguesa, desde 1987, através do Decreto Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro que instituiu o Código de Processo Penal Português, admite “desvios” de oportunidade ao princípio da legalidade, introduzindo soluções ditas de consenso, como por exemplo, o arquivamento em caso de dispensa da pena, a suspensão provisória do processo e seus regimes especiais, assim como a colaboração processual ou arrependimento na lei da droga; a dispensa de pena e arquivamento em caso de dispensa de pena nos crimes fiscais e mediação penal de adultos.

Ao passo que no Brasil, o legislador constituinte demonstrou seu apreço pela solução consensual dos conflitos, fixando-a na própria Constituição Federal de 1988, fato que incentivou a implantação dessa forma de solução das lides no sistema jurídico do país através da edição da Lei nº 9.099 de 1995 que tratou efetivamente da instituição dos juizados

especiais estaduais cíveis e criminais com competência para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, cujas penas máximas fossem de até 2 (dois) anos.

Dessa forma, imperioso concluir que, ainda que na Constituição de 1988 já existisse autorização para a implementação de mecanismos consensuais no ordenamento jurídico brasileiro, sua efetiva realização apenas aconteceu em 1995 através da adoção dos institutos da transação penal e da suspensão provisória do processo.

Ademais disso, diferentemente de Portugal, a política criminal do Brasil adotou outros instrumentos de consenso ao longo do tempo, editando novos diplomas legais reguladores de tais mecanismos, como por exemplo, os institutos da “colaboração premiada”, previsto na Lei nº 12.850/13 que trata dos crimes praticados por organizações criminosas, e o “acordo de não persecução penal”, disciplinado pela Lei nº 13.964/2019.

Em relação a adoção dos acordos penais, tanto Portugal quanto o Brasil trilham um caminho de muita discussão e apresentação de sugestões antes da formalização legal de tais institutos, sendo certo que, em terras lusitanas, essa medida despenalizadora encontra-se em fase de discussão no Parlamento de proposta legislativa. Já no Brasil, o instituto já se encontra normatizado.

É de se apontar ainda a título de conclusão que, em Portugal, a proposta de acordo se aplica aos crimes, cuja pena a ser aplicada não seja superior a cinco anos de prisão; ou aos crimes em que a pena de prisão efetiva não seja superior a dois anos, não se detalhando nenhum outro requisito para a permissão de eventual acordo sobre a pena aplicável.

De modo diverso, no Brasil, o acordo de não persecução penal apenas se aplica aos crimes sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Desse modo, no cenário brasileiro, exige-se ao menos três requisitos básicos para a realização de eventual acordo: a ausência de violência ou grave ameaça e delitos com baixo potencial ofensivo, cuja pena aplicável seja inferior a 4 anos de prisão.

Dessa forma, diferentemente da proposta lusitana, na legislação brasileira sobre acordos de sentença não se fala em aplicação de pena, mas sim em ajustes de condições a serem cumpridas pelo acordante que restringem direitos, em substituição a uma eventual pena privativa de liberdade, caso ocorresse uma condenação judicial, como por exemplo, o compromisso do pagamento de multa ou prestação de serviços à comunidade.

Ademais disso, destaca-se como conclusão o fato de que, na futura legislação portuguesa sobre o tema aqui analisado, o magistrado participaria das tratativas do acordo, ao passo que no Brasil, o juiz atua como uma espécie de “fiscal” do pacto celebrado entre o

Parquet e o acusado assistido por seu advogado, não podendo participar das tratativas do acordo.

Urge concluir ainda que, a proposta de lei lusitana não trata acerca da responsabilidade patrimonial do agente infrator, mantendo o foco na responsabilidade criminal, ainda que tudo indique que sua aplicação cabe aos crimes relacionados à corrupção.

De modo contrário, a legislação brasileira de regência do instituto em análise, indica como uma das condições do acordo, justamente à renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, facilitando o confisco das vantagens econômicas propiciadas pelo crime.

Dessa forma, diferentemente da opção legislativa de Portugal, a norma brasileira optou por contemplar no instituto do acordo de não persecução penal, a responsabilização criminal e patrimonial do sujeito infrator.

Ademais disso, conclui-se também que, o projeto de lei que espera reger a realização de acordos penais no ordenamento jurídico português não contempla a participação da vítima em nenhum momento da formalização do pacto.

De modo diferente, no Brasil, a lei apresenta o papel da vítima em três situações: Ao exigir, como um dos encargos para a celebração do acordo, a reparação do dano causado ou a restituição da coisa à vítima; ao assegurar que a vítima deve ser intimada da decisão homologatória do acordo e de seu descumprimento por parte do autor do fato.

Por fim, imperioso concluir que, no caso lusitano, o caminho processual a ser percorrido depende da classificação dada à natureza do crime, se particular, semi-público ou público. Já no caso do Brasil, o caminho processual a ser percorrido depende da classificação dada à natureza da ação penal, ou seja, cada delito possui um titular do direito de promover a persecução penal e, dependendo de quem seja esse titular, classifica-se a ação penal a ser utilizada, se pública ou privada. Todavia, os princípios que regem esses institutos são semelhantes em seu conteúdo, diferindo apenas em relação à nomenclatura: Princípio da Oficialidade e da Oportunidade em Portugal e Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal e da Oportunidade no Brasil.

Importa ainda esclarecer que, em se tratando da possibilidade de celebração de acordos penais, o princípio lusitano da oficialidade e o brasileiro da obrigatoriedade da ação penal, dá lugar ao princípio da oportunidade.

Assim, resta concluir que, a justiça penal consensual mostra-se como interessante alternativa para proporcionar maior efetividade e celeridade ao processo penal, sendo certo

que, um processo célere mostra-se benéfico para o acusado, para a vítima e para toda a sociedade que terá uma resposta do Estado quanto aos problemas criminais que a todos afetam.

Obviamente que, ao adotar uma política criminal, o Estado deve buscar atingir um equilíbrio, respeitando os ditames legais e constitucionais, as garantias dos acusados, o respeito à dor das vítimas e a punição adequada aos crimes praticados. O atingimento desse equilíbrio compõe uma receita que só pode ser formulada por cada povo dentro de sua experiência histórica.

Certamente que, com os institutos do “acordo sobre a pena aplicável” em Portugal e do “acordo de não persecução penal” no Brasil, tem-se a possibilidade de promoção de uma justiça consensual penal que estimula a humanização das penas em si e a modernização do próprio processo penal nas sociedades contemporâneas, protegendo e respeitando o ser humano e os valores fundamentais da Constitucional de cada Estado em análise.

Em síntese, qualquer política criminal estatal que priorize a humanização das penalidades, respeite a dor da vítima e assegure a aplicação dos direitos humanos aos acusados, garantindo a lisura da persecução penal, promoverá a paz jurídica e o equilíbrio das relações sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia Geral

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito processual penal**. Primeiro volume. Lisboa: Coimbra Editora. 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FERNANDES, Fernando - **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Luiz Flávio - **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério - **Curso de direito penal: parte geral**. Volume I: 18ª ed. – Niterói, RJ: Ímpetos, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury - **Direito processual penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Código penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugênio - **Curso de processo penal I**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PINTO, Ana Luísa - **A celeridade no processo penal: o direito à decisão em prazo razoável**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789723216042.

PRADO, Luiz Régis - **Bem jurídico penal e constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - **Curso de direito processual penal**. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2015.

Bibliografia Específica

a) Livros, Monografias e Revistas Científicas.

ABRANTES, Maria Luísa - **A teoria dos jogos e os oligopólios**. Luanda: Multitema, 2004.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de - **Introdução ao direito comparado**. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1998.

ARANTES, Francine Nunes - **Justiça consensual e eficiência no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2015. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/26360>.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson -. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. 3ª ed. São Paulo: JH Mizuno, 2019. Edição do Kindle.

BECCARIA, Cesare- 1764 - **Dos delitos e das penas**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da - **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Dialética, 2020. Edição do Kindle.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **Justiça penal negociada: negociação de sentença e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANCO, Isabel Maria Fernandes - **Considerações sobre a aplicação da suspensão provisória do processo: "Legalidade Mitigada"**. Lisboa: Novas Edições Acadêmicas, 2016.

BRANDÃO, Nuno - Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de resolução. **Revista Julgar**. Nº 25 (2015). p. 174-175.

CAEIRO, Pedro – **Legalidade e oportunidade**: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. In: RMP, nº 84. Lisboa, 2000. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2002_Legalidade_oportunidade.pdf.

CALADO, António Marcos Ferreira - **Legalidade e Oportunidade na investigação criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CARMO, Rui do - Um exercício de leitura do regime jurídico da mediação penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ano 20, n.º 3 (Julho-Setembro 2010), p. 469.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno - Sistemas processuais do Brasil e de Portugal – estudo comparado. In: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3668-8.

CAVALCANTI, Fernanda Costa Fortes Silveira - Reflexões sobre o acordo de não persecução penal implementado pelas resoluções 181/2017 e 183/2018. **V Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**, [S.l.], [em linha], nov. 2018. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/417>.

CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro - **Os acordos sobre a sentença em processo penal**. Um novo consenso no direito processual penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2013. [Consult. 16. Out. 2021]. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/35080/1/Os%20acordos%20sobre%20a%20sentenca%20em%20processo%20penal%20um%20novo%20consenso%20no%20direito%20processual%20penal.pdf>.

- CRUZ, Zuleica Soraia Gomes da - **A celeridade no processo penal sob perspectiva de Portugal e Cabo Verde**. Dissertação (Mestrado em Direito). [Em linha], 2017. [Consult. 16. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/33969>.
- DAVID, Marisa Nunes Ferreira - **O regime legal da suspensão provisória do processo**. Dissertação (Mestrado em Direito). [Em linha], 2016. [Consult. 16. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/42070>.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **Acordo sobre a sentença em Processo Penal: O “fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.
- DELGADO, Rúben Bahamonde; MIRANDA, Daniel Henrique Silva - Mediação penal e a valorização da vítima: uma análise comparada entre as legislações portuguesa e brasileira sobre a mediação antes do exercício da ação penal. **GALILEU** - Revista de Economia e Direito. Vol. XXI, nº1 (2020), p.88).
- FOUCAULT, Michel - **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; Coura, Alexandre - Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), v. 969, p. 149-159, 2016.
- GIACOMOLLI, Nereu José - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006.
- GOMES, Luiz Flávio et al - **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da - **Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada**. Natal. **FIDES**, v.6, n. 1, p. 164-175, jan./jun., 2015.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro - **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini - Conciliação e juizados de pequenas causas. In: **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio - **Juizados especiais criminais: comentários à lei nº 9.099/95, de 26.09.1995**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GUIA, Maria João – O novo estatuto da vítima em Portugal: sujeito ou efeito do Processo Penal Português? **Conpedi Law Review**. [Em linha]. Espanha.e- ISSN 2448-3931. Ano 2016. V. 2, N. 1 (Jan/Jun. 2016), p. 155-156. [Consult. 20 Out. 2021]. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/3600-10804-4-PB.pdf>.
- HOPPE, Harold. **O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal: perspectivas e possibilidades no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). [Em linha], 2018. [Consult. 16. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/180890>
- LEITE, Rosimeire Ventura - **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- MESSIAS, Mauro - **Acordo de não persecução penal: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Edição do Kindle.
- MOURA, José Souto de - **Acordos em processo penal** – a propósito da obra “Acordos sobre a sentença em processo penal” do Sr. Prof. Figueiredo Dias. [Em linha]. Lisboa, p. 10.

[Consult. 3 de out. 2021]. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/acordos%20souto%20moura.pdf>

NESTOR FILHO, Sampaio Penteadó - **Manual Esquemático de Criminologia**. 2^o ed. Saraiva, 2012.

NOGUEIRA, Márcio Franklin - **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Ana Margarida Pratas Correia Shirley de - **O acordo no processo penal: um caminho já iniciado em Portugal** (Dissertação de mestrado). [Em linha], 2018. [Consult. 16. Out. 2021]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/37253>.

OLIVEIRA, Rafael Serra - **Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015.

PRADO, Geraldo - A transação penal quinze anos depois. *in*: **Em torno da jurisdição**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Leonel Madaíl – **Mediação Penal**. Lisboa: Chiado Editora, 2015. p. 25

SANTOS, Valentina da Silva. **A Fraude Contra a Segurança Social e os Crimes Tributários, em Especial o Problema do Concurso de Crimes**. (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). [Em linha], 2017. [Consult. 15. Out. 2021]. Disponível em:
<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84154/1/TESE%20FINAL%207.pdf>.

SARDINHA, Leonardo Lopes - **Acordo de não persecução penal: uma análise de sua eficiência como instrumento consensual de resolução de conflitos penais, no âmbito da justiça criminal da Comarca de Birigui, Estado de São Paulo**. São Paulo: Dialética Editora, 2021.

SILVA, Germano Marques da - Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democrático e da lealdade em a relevância da colaboração do arguido na determinação da pena. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, Vol. III, 1994, p. 32.

SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Tributário**, sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, p. 156).

SILVA, Germano Marques da - Meios processuais expedidos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). In: **Lusíada. Direito**. Lisboa, nº 3 (2005), p. 76.
Disponível em:
file:///C:/Users/User/Downloads/MEIOS%20PROCESSUAIS%20EXPEDITOS%20N
O%20COMBATE%20(1).pdf.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON, Olavo - **Pacote anticrime**: temas relevantes. Natal: OWL, 2021. Edição do Kindle.

SOUSA, Marllon - **Plea bargaining no Brasil**. Salvador: Juspodium, 2019.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de - A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 189- 224, jan./abr. 2017.

TAVARES, Sandra - A consagração formal da vítima no processo penal português. **Revista da Faculdade de direito e ciência política**. [Em linha]. Porto. Nº 9 (2017), p. 225-232. [Consult. 20 Out. 2021]. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/5966-Texto%20do%20artigo-18593-1-10-20170716.pdf>.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Processo penal**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004.

VIDEIRA, Maria Guadalupe Fardilha. **O pagamento como condição suspensiva da execução da pena de prisão nos crimes tributários: artigo 14º do regime geral das infrações tributárias: ratio e alcance.** (Dissertação de Mestrado). [Em linha], 2015. [Consult. 12. Out. 2021]. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/18045>.

ZACLIS, Daniel - **Simulacro de Justiça:** reflexões críticas acerca da aplicação da Lei nº 9.099/1995 no processo penal brasileiro. *Revista do Advogado*, v. XXXV, p. 27-33, 2015.

Fontes Documentais

Instrumentos normativos nacionais e internacionais:

ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS - Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS - Resolução nº 45/110, de 14/12/1990 – Regras de Tóquio. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>.

ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS – Convenção Sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA DE PORTUGAL - Parecer através da Comissão de Transparência e Estatuto dos Deputados sobre a proposta de Lei nº 90/XIV, emitido em 08 de junho de 2021.

BRASIL - Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL - DECRETO Lei nº 2.848/40 – Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL - DECRETO Lei nº 3.689/41 – Institui o Código de Processo Penal brasileiro.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

BRASIL - LEI nº 7.210/1984 – Institui a Lei de Execução Penal.

BRASIL - Lei nº 8072/1990 – Dispõe sobre os crimes hediondos.

BRASIL - LEI 9.099/1995 - Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

BRASIL - LEI nº 9.807/1999 - Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas

BRASIL - LEI nº 10.259/2001 - Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

BRASIL - LEI nº 10.836/2004 - Cria o Programa Bolsa Família.

BRASIL - LEI nº 11.313/2006 - Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

BRASIL – LEI nº 11.340/2006 - Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências (Lei Maria da Penha).

BRASIL - LEI nº 12.850/2013 – Define organização criminosa e seus crimes.

BRASIL - LEI nº 13.964/2019 – Institui o chamado “pacote anticrime”, aperfeiçoando a legislação penal e processual penal.

BRASIL - Resolução nº 181/2017 editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>

BRASIL - Resolução nº 183/2018 editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público Brasileiro (CNMP). Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>.

CONSELHO DA EUROPA - Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do Conselho da Europa, proclamada em Roma, em 04 de novembro de 1950.

CONSELHO DA EUROPA - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada solenemente pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000.

CONSELHO DE MINISTROS DE PORTUGAL - Resolução nº 37/2021. [Em linha]. Data da Resolução: 06/04/2021. [Consult. 23 Jul. 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/37-2021-160893669>.

CONSELHO GERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE PORTUGAL - Parecer emitido em 24 de maio de 2021.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL - Parecer emitido em 18 de julho de 2021.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PORTUGAL - Parecer emitido em 23 de junho de 2021.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS DE PORTUGAL - Processo Remédio Santo: penas efetivas até nove anos de prisão a 13 arguidos. In: Diário de Notícias. Portugal. [Em linha]. Publicado em 19/12/2014. [Consult. 23 Jul. 2021]. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/processo-remedio-santo-penas-efetivas-ate-nove-anos-de-prisao-a-13-arguidos-4306014.html>

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - Dicionário Aurélio de Português Online. [Em linha]. 2021. [Consult. 14 Set. 2021]. Disponível em <https://www.dicio.com.br/aurelio-2>

FRANÇA - Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - 1979, proclamada na França, em 26 de agosto de 1979.

LEXIONÁRIO do Diário da República eletrónico – DRE - [Em linha]. República Portuguesa. [Consult. 13 Jan. 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/123178386/view>

MICHAELES - Dicionário da Língua Portuguesa [Em linha]. São Paulo: Editora Melhoramentos. [Consult. 10 Set. 2021]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/princ%C3%ADpio/>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS INTERAMERICANOS - Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução 217, da Assembleia-Geral da ONU.

PORTUGAL - Constituição da República Portuguesa, promulgada em 02 de abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

PORTUGAL – DECRETO-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro - Institui o Código de Processo Penal Português. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-70196123>.

PORTUGAL - DECRETO-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro – Aprova o Código Penal Português. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

PORTUGAL - DECRETO-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro – Legislação de combate à Droga.

PORTUGAL - LEI n.º 15/2001, de 05 de junho – Institui o Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT)

PORTUGAL - LEI n.º 5/2002, de 11 de janeiro – Institui medidas de combate à criminalidade organizada.

PORTUGAL - LEI n.º 21/2007, de 12 de junho – Cria um regime de mediação penal.

PORTUGAL – Proposta de Lei n.º 90/XIV, da Presidência do Conselho de Ministros, apresentada ao Parlamento em 5 de maio de 2021.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA DE PORTUGAL - Diretiva n.º 1/2014. [Em linha]. Data da Diretiva: 15/01/2014. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA DE PORTUGAL - Diretiva n.º 2/2014. [Em linha]. Data da Diretiva: 21/02/2014. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA DE PORTUGAL - Diretiva n.º 5/2019. [Em linha]. Data da Diretiva: 15/11/2019. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA - Parecer Consultivo da Procuradoria-Geral da República de Portugal: P000402011.Relator: Manuel Matos. Data da Votação: 19/04/2012. Jurisprudência: AC da RELAÇÃO de 2012/02/23.

PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE COIMBRA - Memorando “Justiça Negociada – Acordos de Sentença em processo penal”. [Em linha]. Data do memorando: 19/01/2012. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>.

PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE LISBOA - Orientação n° 1/2012. [Em linha]. Data da Orientação: 13/01/2012. [Consult. 23. Jul. 2021]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html.

Jurisprudência:

a) Jurisprudência Portuguesa

Tribunal Constitucional:

Acórdão n° 183/2008: Processo n.º 1155/2007, do Tribunal Constitucional – [em linha]. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Data do Acórdão: 12/0/3/2008. [consult. 15. Set. 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/249858/details/maximized>.

Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão: Processo n° 224/06.7gavzl.c1.s1, do Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [Em linha]. Relator: Santos Cabral. Data do acórdão: 10/04/2013. [Consult. 10. Mar. 2021]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>.

Acórdão: Processo: 042222. Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [Em linha]. Relator: As Nogueira. Data do Acórdão: 26/02/1992. [Consult. 15. Nov. 2021]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e0cc6ca6b2ecc693802568fc003a826b?OpenDocument>.

Tribunal da Relação de Évora:

Acórdão: Processo nº 77/12.6GGSTC.E1. Tribunal da Relação de Évora – TER. [Em linha].
Relator: Sérgio Corvacho. Data do Acórdão: 15/10/2013. [Consult. 04. Dez. 2021].
Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/a181d7483dc2678c80257de10056fc7c?OpenDocument>.

Acórdão: Processo: 7/11.2GBPTM.E1. Tribunal da Relação de Évora – TER. [Em linha].
Relator: Maria Leonor Esteves. Data do Acórdão: 19/05/2015. [Consult. 15. Nov. 2021].
Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/E3C2BF3A36B1F5EB80257E5800393B96>.

Tribunal da Relação de Coimbra:

Acórdão: Recurso Criminal nº 260/14. 0GDCBR.C1. Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [Em linha]. Relatora: Helena Bolieiro. Data do Acórdão: 10/01/2018. [Consult. 04. Dez. 2021]. Disponível em: <https://trc.pt/juiz-de-instrucao-arquivamento-dispensa-da-pena/>.

Acórdão: Processo 192/11.3TACBR.C1. Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [Em linha].
Relator: Orlando Gonçalves. Data do Acórdão: 30/05/2012. [Consult. 15. Nov. 2021].
Disponível em:
<https://www.direitoemdia.pt/search/show/ac69b28f83cd0ed9a2dff54d9d54c46fde32a47f100d9e399d066b02d476b425>.

b) Jurisprudência Brasileira

Supremo Tribunal Federal (STF):

ADI 5790 – Magistrados questionam norma sobre investigação criminal pelo MP perante o Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 2 out. 2021]. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358960>>.

ADI 5793 – Norma de investigação criminal pelo Ministério Público é questionada pela OAB perante o Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 2 out. 2021]. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>>.

HC 191124 AgR. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento: 08/04/2021. Data da Publicação: 13/04/2021. Órgão julgador: Primeira turma do Supremo Tribunal Federal (STF).

HC 191464 AgR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 11/11/2020. Data da Publicação: 26/11/2020. Órgão julgador: Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF).

HC 194677/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 11/05/2021 (Info 1017). Órgão Julgador: Segunda Turma do STF.

Recurso Extraordinário – RE nº 795.567, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF). Relator: Ministro **Teori Zavascki**. **Data do Julgamento: 28/05/2015. Data da Publicação: 09/09/2015. Disponível em:** <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>

Súmula vinculante nº 35, aprovada pela Seção Plenária do Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Suprema do Brasil, em 16/10/2014 e publicada no Diário Oficial da Justiça (DJe) em 24/10/2014, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>.

Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AgRg no RHC 130.587/SP – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS: Relator(a): Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Data do Julgamento: 17/11/2020. Data da Publicação/Fonte: DJe 23/11/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>

HC 29.001/SC. Relator: Ministro Feliz Fischer. Julgamento realizado pela Quinta Turma do STJ em 24/11/2003.

HC 607003-SC, de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

HC: 615384 SP 2020/0250469-5, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 09/02/2021. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA do STJ., Data de Publicação: DJe 11/02/2021.

HC 628647-SC, julgado pela Sexta Turma do STJ e cujo relator foi o Ministro Nefi Cordeiro.

RHC 80148 / CE - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS: 2017/0007084-6. Relator(a): Ministro Antônio Saldanha Palheiro (1182). Órgão Julgador: T6 – Sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Data do Julgamento: 01/10/2019. Data da Publicação/Fonte: DJe 04/10/2019. RMDPPP vol. 92 p. 129. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

Súmula 337, aprovada pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e publicada no Diário Oficial da Justiça (DJe) em 16/05/2007. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2197/Sumulas_e_enunciados.

Súmula 536, aprovada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 10/06/2015.