

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ESTUDO ACERCA DAS FORMAS DE DIVERSIFICAÇÃO E CONSENSO NO PROCESSO PENAL

THE NON-CRIMINAL PERSECUTION AGREEMENT - STUDY ON THE FORMS OF DIVERSIFICATION AND CONSENSUS IN THE CRIMINAL PROCESS

Ionilton Pereira do Vale¹

Professor de Processo Penal (ESMEC, Fortaleza/CE, Brasil)

Teodoro Silva Santos²

Professor de Processo Penal (UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

-
- ¹ Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (2015). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2003). Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa (CIDPCC). Investigador da Fundação de Ciência e tecnologia de Portugal. Especialista em Direito Processual Penal pela Unifor e especialista em Ciências Jurídico -Criminais pela Universidade de Lisboa. Atualmente é professor de processo penal da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará e do Ministério Público do Estado do Ceará, professor em diversas instituições de ensino públicas e privadas, atualmente exerce o cargo de Promotor de Justiça, tendo sido assessor do Procurador Geral de Justiça por dois biênios. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais, Direitos Humanos, Execução Penal e Criminologia, dentre outras. É autor de diversos livros e artigos na área de Direito e literatura. Membro do Conselho Editorial da revista *Quaestio Iuris* da Universidade do Rio de Janeiro e da Revista de Direito da Cidade da mesma universidade e da Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa. *E-mail*: ionilton@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6899042895354484>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-9324-1652>.
- ² Desembargador do Tribunal de Justiça/CE. Doutorando em Direito Constitucional. Professor e Colaborador Honorário da Escola Superior do Ministério Público. Especialista e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Especialista em Direito em Direito Processual Penal pela UFC. *E-mail*: profteodoro@ig.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2852430237093879>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-0481-025X>.

ÁREA(S): direito constitucional; direito processual penal; direito público; direitos humanos; direito comparado.

RESUMO: Os acordos no processo penal simplificam os processos, evitam a prisão e trazem ao lume outras formas de composição dos conflitos alçados à lesão dos bens jurídicos mais relevantes. Todos os países têm algum nível de acordo e diversificação no processo penal, pois são alternativas, quer à imposição de um processo que tenha um custo significativo de tempo e dinheiro, como também são alternativas à prisão, considerando o colapso do sistema prisional brasileiro. Os acordos de desformalização do processo penal são fruto de política criminal de concepções teleológicas funcionais ou mesmo sistemáticas. Dessa forma, a possibilidade de atenuação ou mesmo exclusão do princípio da legalidade no plano legislativo decorre de razões superiores acatadas pelo legislador infraconstitucional, sempre levando em conta o valor do bem jurídico, as consequências do crime, a culpabilidade e a natureza do crime. Entendemos que se encontra preservada a prevenção geral e especial como finalidade da pena, ainda que não se tenha uma pena concretamente aplicada. Esses acordos, dentro do processo penal, levando em conta a natureza do crime e os demais requisitos, levam, por fim, à não estigmatização do autor do crime, favorecendo, mais que a prisão, a sua reinserção no meio social.

ABSTRACT: *Agreements in criminal proceedings simplify the process, avoid imprisonment and bring to light other forms of composition of conflicts raised to the damage of the most relevant legal assets. All countries have some level of agreement and diversification in the criminal process, as they are alternatives, both the imposition of a process that has a significant cost of time and money, as well as alternatives to prison, considering the collapse of the Brazilian prison system. The deformalization agreements of the criminal process are the result of a criminal policy of functional or even systematic teleological conceptions. Thus, the possibility of attenuation or even exclusion of the principle of legality at the legislative level arises from superior reasons accepted by the infraconstitutional legislator, always taking into account of the value of the legal good, the consequences of the crime, the guilt and the nature of the crime. We believe that general and special prevention its preserved as the purpose of the penalty, even though there is no concrete penalty applied. These agreements within the criminal process, taking into the nature of the crime and other requirements lead, in the end, to the non-stigmatization of the perpetrator of the crime, favoring his reincorporation in the social environment more than the arrest.*

PALAVRAS-CHAVE: acordo; diversificação; conciliação; consenso; desformalização.

KEYWORDS: *agreement; diversification conciliation consensus deformalization.*

SUMÁRIO: 1 Considerações gerais acerca do acordo de não persecução penal; 2 O acordo de não persecução penal no Brasil; 3 Segue: Casos de arquivamento

do inquérito policial; 4 Confissão do acusado da prática de infração penal sem violência ou grave ameaça; 5 Crime praticado sem violência ou grave ameaça; 6 Pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; 7 Condições suficientes para reprovação e prevenção do crime; 8 Reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; 9 Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 10 Prestar serviços à comunidade ou a entidades públicas; 11 Pagamento da prestação pecuniária; 12 Não aplicação do acordo de não persecução penal; 13 Formalidades do acordo de não persecução penal; 14 Homologação do acordo de não persecução penal; Conclusão; Referências.

SUMMARY: 1 General considerations of the non-criminal prosecution agreement; 2 The agreement of non-criminal prosecution in Brazil; 3 Follows: Cases of archiving of the police investigation; 4 Confession of the accused of the commission of a criminal offence without violence or serious threat; 5 Crime committed without violence or serious threat; 6 Minimum penalty of less than 4 (four) years; 7 Sufficient conditions for disapproval and prevention of crime; 8 Reparation for the damage or restitution of the thing to the victim; 9 Voluntarily renounce property and rights indicated by the Public Prosecutor's Office as instruments, proceeds or benefits of the crime; 10 Provide service to the community or public entities; 11 Payment of the cash benefit; 12 Non-application of the non-criminal prosecution agreement; 13 Formalities of the non-criminal prosecution agreement; 14 Approval of the non-criminal prosecution agreement; Conclusion; References.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

1.1 A DIVERSIFICAÇÃO E O ACORDO NO PROCESSO PENAL

Acordo” ou “conciliação” no processo penal são eufemismos que presumivelmente designam a reação do processo penal à sua saturação. Essa saturação deve ser creditada à específica hipertrofia do direito penal material, pelo que também ela é um problema “moderno”. Não é por mera coincidência que precisamente as matérias penais “modernas” – ambiente, droga e sistema económico – são apontadas pela doutrina como os campos mais apropriados para a realização de acordo ou conciliação. No estado atual, ainda não é possível prever qual entre as formas de conciliação indicadas pela acirrada discussão doutrinária prevalecerá e impregnará o processo penal

do futuro. Ainda assim, já é possível avistar onde essa viagem vai dar e quais os traumas político-legislativos ficarão pelo caminho³.

Uma das justificativas mais comuns para a negociação é a necessidade de solucionar os casos o mais rapidamente possível, uma vez que, caso contrário, o sistema do tribunal pode chegar a um impasse. Como forma de pressões para a diminuição do número de casos, a influência das decisões de negociação, no entanto, permanece incerta. Alschuler acredita que essas pressões são fatores de fundo que não determinam nem que casos devem ser negociados ou em que termos. Pelo contrário, essas pressões atuam a distância e simplesmente exigem que apenas uma parte do número de casos seja negociada. Mills descreve as pressões em relação ao número de casos como tendo um impacto direto e angustiante no mecanismo da *plea bargaining*⁴.

Discorrendo acerca das estruturas de comunicação em Habemas e Luhmann, observa a doutrina portuguesa que, na sequência das coordenadas do consenso, foram adotadas modificações normativas no Código de 1987, passando as vias formais do processo penal a integrar soluções procedimentais que envolvem o consenso do arguido/réu com o titular da ação penal, em detrimento de veredictos estritos da autoridade estadual. Dessa forma, introduz-se, ou assume-se, uma alteração “ideológica relativamente a um modelo na exclusividade do veredicto judicial, precedido pela interação subjetiva das partes mas autônoma por força do mito da objetividade do juízo do tribunal sobre os fatos e o direito, sobre a justiça do caso”⁵.

O consenso no processo penal não é tido e nem achado, mas um valor que deve ser procurado.

No Direito português, relativamente à responsabilidade criminal positiva por crimes puníveis com prisão superior a 5 anos, a confissão integral, livre e sem reservas do arguido em julgamento, mesmo quando o tribunal não tem “dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos fatos confessados”, não dispensa a obrigatória produção da prova relativa

³ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. p. 68.

⁴ MACDONALD, William Frank [Hrsg.]. *The Prosecutor*. Beverly Hills [u.a.]: Sage Publ., 1979. 279 S. (Sage Criminal Justice System Annuals; 11), 1979. p. 84.

⁵ MESQUITA, Paulo Dá. *Processo penal: prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 24.

aos fatos imputados (art. 344.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, de ora em diante referido como CPP). Para além dessa decisão final existem subquestões que não podem ser resolvidas pelo consenso, como as nulidades insanáveis e as proibições de prova, e mesmo nos casos em que a confissão integral e sem reservas é operativa, essa não pode ser objeto de acordo prévio fora dos institutos processuais que prevejam um procedimento próprio para a operatividade do consenso (eventuais acordos prévios e confissões integrais não vinculam o arguido que, no atual Direito português, tem ainda o direito de impedir que o tribunal sequer aceda para efeitos probatórios à anterior confissão)⁶.

Na Itália, o Código tornou oficial um procedimento que existia desde a Lei nº 689, de 24 de novembro de 1981, sobre a aplicação de pena a requerimento das partes (*applicazione della pena su richiesta delle parti*). É o que se chama agora de *patteggiamento*. Para as infrações com uma pena máxima de 2 (dois) anos de prisão, o acusado e o Ministério Público podem requerer ao juiz que aplique a pena com a qual eles concordaram. Em outras palavras, eles pedem ao juiz que sele o acordo, o qual, no caso, diz respeito a uma pena reduzida. *Patteggiamento* pode acontecer durante a fase de investigação ou durante o julgamento. Se o procedimento é aceito, acarreta um julgamento que pode, embora dificilmente assim aconteça, culminar com a absolvição do acusado. Quando o resultado for de condenação – sujeito ao monitoramento obrigatório do juiz quanto à legalidade do procedimento e sujeito às determinações constitucionais que exigem que a pena tenha uma função ressocializante –, o juiz proclama uma sentença com a pena reduzida⁷.

Anote-se ainda a existência, no Direito italiano, do instituto *nolo contendere* (não quero contender), em que não se discute a culpabilidade, podendo essa existir ou não. Trata-se de renúncia recíproca, quer do Estado, em seu poder punitivo, quer do acusado, em face da presunção de inocência⁸.

Com a referência à experiência alemã, pretende-se deixar um exemplo do modo como se processa a intervenção seletiva do Ministério Público em um

⁶ Ibidem, p. 26.

⁷ VV. AA. Processos penais da Europa. In: TULKENS, Françoise. *Justiça negociada*. Processos penais da Europa. Org. Mireille-Delmas Marty. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 176.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: RT, 2005. p. 256.

sistema presidido pelo princípio da legalidade. Começaremos, contudo, por salientar que esse princípio não tem uma vigência absoluta no Direito germânico. Se vale para as infrações mais graves, os crimes (*Verbrechen*) em sentido estrito, por contraposição aos delitos (*Vergehen*), a verdade é que lhe escapam áreas (quantitativamente) significativas da criminalidade não pertencentes àquele núcleo central. Duas notas, com efeito, caracterizam a esse propósito o modelo germânico: em primeiro lugar, a diversidade e plasticidade do quadro de soluções destinadas a dar resposta à massificação da criminalidade; em segundo lugar, a pretensão, insistentemente posta em relevo, de enquadrar todas essas soluções técnicas em uma estratégia global diretamente definida e orientada pelo próprio legislador. Noutros termos, a Alemanha recusa qualquer solução geral assente na discricionariedade do Ministério Público. Das várias soluções parcelares, umas assumem natureza substantiva, outras situam-se no plano processual. Entre as primeiras avultam: a descriminalização pura e simples de certos crimes (*v.g.*, determinadas práticas sexuais); a conversão de muitos delitos e contravenções eram contraordenações; a extinção da categoria das contravenções; o privilégio, cada vez mais nítido, da multa como pena principal em detrimento da prisão; e, por último, e já paredes-meias com as transformações de índole processual, o alargamento considerável das infrações cuja promoção processual é posta na dependência da vontade da vítima. No plano processual, sobressaem para além das medidas de caráter organizacional, como a criação de departamentos do Ministério Público especializados na luta contra a criminalidade econômica e as reformas destinadas a alcançar um duplo objetivo: a) imprimir uma maior flexibilidade à perseguição penal; b) potenciar a utilização de formas sumárias de processo⁹.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena*. 2. reimp. Coimbra: Coimbra, 1977. p. 493. O arquivamento do inquérito é considerado um instrumento para evitar o processo ou abreviá-los. Existem dois tipos de arquivamento: o arquivamento do inquérito policial sem condições (art. 153 do StPO) e o arquivamento com a imposição de determinadas circunstâncias (art. 153a StPO). No primeiro caso, o inquérito é encerrado sem nenhum ônus para o arguido. Porém, no segundo caso, a lei prevê vários tipos de condições que o Ministério Público pode impor, pois, além da condição do interessado cumprir com as suas obrigações alimentícias, o que tem importância na prática é, em primeiro lugar, o pagamento de uma quantia em dinheiro a uma instituição de utilidade pública, como, por exemplo, a Cruz Vermelha ou o Greenpeace, ou a um grupo que se dedique a obras no Terceiro Mundo (29), bem como a reparação do dano causado pelo delito, ou a participação num curso destinado a aperfeiçoar as aptidões requeridas para conduzir veículos a motor (Cf. AA. VV. Que futuro para o direito processual penal? *Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português,

Nos Estados Unidos, a negociação é fundamentalmente e essencialmente um acordo de barganha, que ocorre em um estágio de pré-julgamento, entre o Ministério Público e o réu, que está disposto a admitir sua culpa (confissão de culpa), e recusa-se a defender-se, com a implantação de melhores garantias processuais disponíveis, que o órgão ministerial (*prosecutor*) lhe promete, com algum benefício em troca. Esses benefícios podem incluir a mudança da classificação de um crime (c.d., *charge bargaining*), uma diminuição da culpabilidade (c.d., *count bargaining*) ou uma pena mais leve (c.d., *sentence bargaining*), ou uma mistura dessas três coisas. Após a conclusão da negociação, o réu e o procurador comparecem perante um juiz em uma espécie de audiência preliminar (acusação), durante o qual o juiz verifica o acordo subscrito e, após algumas verificações apenas no sentido formal, emite uma decisão de “ratificação” do acordo¹⁰.

Essa mudança de paradigma, no contexto da diversificação e do acordo nos processos criminais, é fruto não somente de política criminal, mais tem características sociológicas, derivadas do aumento populacional, da complexidade da sociedade pós-moderna, da crise dos estados (crise política, social, prisional, etc.), bem como na necessidade cada vez mais urgente da reparação do dano causado pelo crime.

É em um sistema jurídico-penal orientado para as consequências que se admite a inserção no quadro atual do processo penal de um modelo fundado no consenso. Esse modelo consensual vai ao encontro da necessidade de atribuir mais valor não às formalidades, e sim às consequências do processo (*output – anstelle von inputorientierung*), ou seja, uma orientação *output* e não *input*. Igual ideia pode ser verificada no ordenamento jurídico brasileiro, onde há muito tempo o jurista “se preocupa com um processo penal de melhor qualidade”, propondo-se alterações no Código de Processo Penal de 1940, “com o intuito de alcançar um ‘processo de resultados’, ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões”¹¹.

artigo de Kurt Madlener, Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celeridade”. Observações acerca da Justiça alemã. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 658).

¹⁰ BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati “culturalmente motivati” – Il diritto penale nelle società multiculturali europee*. Milano: Cuem, 2008. p. 311.

¹¹ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Lisboa: Almedina, 2004. p. 159. O sistema francês conta com um inquérito “preliminar” ou “de flagrante”, levado a cabo

Os “prêmios” pela delação e confissão não são incomuns na legislação e podem ser encontrados facilmente, e suas origens remontam, à evidência, a uma ideia de expiação pelo mal cometido. Basta ver as Leis n^os 7.492/1986, 8.137/1990, 9.034/1995, 9.613/1998 e 10.409/2002, bem como os arts. 65, III, *d*, e 159, § 4^o, ambos do Código Penal. Quanto ao valor da prova, contudo, um sintoma – sim, na verdadeira acepção da palavra – tem se demonstrado cada vez mais frequente: a utilização do instituto da delação premiada, sob o frágil argumento – porque fundado na premissa de uma investigação deficiente – de que é mais fácil extrair o *modus operandi* de uma organização criminosa do que esperar seja ele revelado pela vontade espontânea de algum suposto membro. Para isso, é inegável, algum benefício deve ser oferecido em troca¹².

Contudo, o acordo de não persecução penal tem raízes na própria transação penal instituída pelo art. 76 da Lei n^o 9.099/1995, que já previa uma proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

2.1 DAS CONDIÇÕES PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

As condições ajustadas para o acordo de não persecução penal são ajustadas cumulativa e alternativamente pelo Ministério Público. Cumulativa, significa que o Ministério Público pode propor todas as condições do art. 28-A da Lei n^o 13.964/2019, como, por exemplo, reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas, renunciar voluntariamente a bens e direitos, tendo em vista serem instrumentos, produto

pela polícia e sob a direção do Ministério Público. No caso de “inquérito de flagrante”, o Ministério Público pode sujeitar o arguido imediatamente a julgamento. “Se o inquérito for “preliminar” e não for arquivado, o Ministério Público, pode remeter o caso a juízo por meio de uma “citação direta” se as infrações não forem graves (“*délits*” e “*contraventions*”). Requererá obrigatoriamente a instrução quanto às infrações graves (“crimes”) e facultativamente no que respeita às restantes. A jurisdição de instrução surge, então, em uma primeira fase, levada a cabo pelo juiz de instrução. Tratando-se de “crimes”, o Ministério Público desencadeará, depois, a instrução junto da “Câmara de Acusação”, para além de instância de recurso de decisões proferidas (FERREIRA, Marques. O novo Código de Processo Penal. *Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, p. 88, 1991).

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n. 1, p. 43, jan./mar. 2007.

ou proveito do crime, pagar prestação pecuniária, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, ou mesmo cumprir outra medida proporcional ao delito pelo *Parquet*.

O legislador errou ao utilizar a conjunção “e”, pois o Ministério Público não pode, por evidente, propor as condições do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, cumulativamente e alternativamente. Na realidade, o Ministério Público pode propor as condições de forma cumulada ou alternada.

Dessa forma, na forma alternada, o Ministério Público pode propor apenas algumas das cinco condições estabelecidas pelo legislador, de forma alternada, como, por exemplo, reparar o dano ou pagar prestação pecuniária, a entidade pública ou de interesse social, tudo a depender do caso concreto.

O legislador colocou o domínio do inquérito policial pelo Ministério Público, tendo em vista a possibilidade de não propor a ação penal, mediante o estabelecimento de certas condições estabelecidas no art. 28-A da Lei nº 13.964/2019 (acerca do acordo de não persecução penal, consultar o capítulo próprio acerca do arquivamento do inquérito policial).

As condições estabelecidas pelo Ministério Público para não ingressar com ação penal deverá ser objeto de análise pelo juiz de garantias, que poderá ou não homologar o acordo, desde que verifique a “voluntariedade” do investigado (que difere, como sabemos, da espontaneidade), isto é, a manifestação da vontade sem vícios ou quaisquer dúvidas acerca dos termos do acordo, observando ainda a sua “legalidade”, ou seja, que foi feita em conformidade com os termos do art. 28-A e demais incisos da Lei nº 13.964/2019.

O juiz de garantias poderá devolver os autos ao Ministério Público, caso considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal.

A lei nada diz acerca da omissão do Ministério Público ou sua reiteração nas condições anteriormente fixadas. O remédio nos parece ser a aplicação do disposto no § 14 do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, aplicado analogicamente, ou seja, a remessa para o órgão competente em rever a decisão do Ministério Público, segundo a lei orgânica de cada Ministério Público, em cada esfera de sua atuação, quer a nível estadual, quer a nível federal.

3 SEGUE: CASOS DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

A primeira hipótese para o acordo de não persecução penal é o caso de a infração não ser passível de arquivamento.

Com efeito, em sendo caso de arquivamento, seja qual for a hipótese definida ou não pela lei, ela deve ser preferível por ser mais vantajosa para o investigado, como é o caso, por exemplo, de o fato ser atípico, crime de bagatela, o crime está prescrito, tendo havido a decadência prevista no art. 38 do Código de Processo Penal, entre outras inúmeras hipóteses que possam ensejar o arquivamento do inquérito policial.

Outro dado importante é que o arquivamento não gera qualquer ônus para o investigado, ao contrário do acordo de não persecução penal, em que este tem que cumprir certas condições impostas pelo Ministério Público, devendo tal medida ser adotada por ser mais benéfica ao investigado ou acusado.

4 CONFISSÃO DO ACUSADO DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO PENAL SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA

O legislador acolheu um dos aspectos do acordo de não persecução penal, previsto na *plea bargaining*, que se traduz exatamente na confissão do investigado.

Plea bargaining, do Direito americano, também resulta de procedimentos consensuais em busca da confissão, e aplicação de uma pena atenuante, fruto do acordo entre o Ministério Público e a defesa. O instituto aplica-se também aos crimes de maior potencial ofensivo. No instituto americano, visa-se, de forma precípua, a declaração de culpa, sendo essa a sua finalidade principal. O Ministério Público, ante o fato de ser o sistema judiciário americano acusatório puro, dispõe de uma maior discricionariedade na aplicação da *plea bargaining*¹³.

A confissão deve ser feita de forma formal.

Qual o momento processual aceitável para a confissão? Pensamos que pode ser realizada durante seu interrogatório no inquérito policial perante

¹³ NAVES, Luciana Freire. *Plea bargaining: a transação penal nos Estados Unidos da América*. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ano 3, n. 5, p. 235, jan./jun. 1995.

a autoridade policial, ou quando do seu interrogatório perante o juiz de garantias, ou mesmo ato processual de audiência de instrução e julgamento, reduzido a termo. O importante é que seja feita de forma formal, ou seja, por escrito, na presença do órgão do Ministério Público e presidida pelo juiz de garantias. Desse ato formal deve-se seguir a assinatura do juiz de garantias, do órgão do Ministério Público, do investigado confessante e de seu advogado.

Nada impede, porém, que seja realizada perante o órgão do Ministério Público, durante a audiência de propositura do acordo de não persecução penal. Essa flexibilidade se dá porquanto se infere que o acordo de não persecução penal é um direito subjetivo do investigado.

A confissão deve ser circunstancial, ou seja, abranger todos os elementos do tipo a que ele responde, bem como circunstâncias de data, hora, lugar, vítima(s), *iter criminis*, *modus operandi*, e assim por diante. No crime de estelionato, por exemplo, deve o investigado confitente indicar em que consistiu o ardil ou a fraude perpetrado pela vítima, o local em que foi cometido o crime e o prejuízo para a vítima. Nada impede que, nessa fase, haja a colaboração ou delação premiada, nomeando eventuais corréus, caso o investigado possa identificá-los, mesmo não auferindo qualquer benefício de uma eventual colaboração, visto já estar sendo beneficiado pela não persecução penal. É que a lei fala em confissão circunstanciada, que abrange todas as circunstâncias e elementares do crime.

5 CRIME PRATICADO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA

A infração, objeto do acordo de não persecução penal, deve ter sido praticada sem violência ou grave ameaça, seguindo já uma tendência que o legislador já adotou nos arts. 60, 61, 76 e 89, todos da Lei nº 9.099/1995, incluindo as infrações penais que implicitamente não foram cometidas com violência ou grave ameaça.

Segundo ensinamento dos penalistas, a violência é a dirigida contra a pessoa, e não contra a coisa, como, por exemplo, no crime de dano (art. 163 do Código Penal).

Comentando o crime de constrangimento ilegal, ensina Rogério Greco que a violência de que cuida o texto e a chamada *vis corporalis*, ou seja, aquela empreendida contra o próprio corpo da vítima; ao contrário, a grave ameaça

se consubstancia na *vis compulsiva*, exercendo influência precipuamente sobre o espírito da vítima, impedindo-a de atuar segundo a sua vontade¹⁴.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não se apresenta razoável, proporcional e tampouco recomendada a internação de pessoa portadora de esquizofrenia em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico, que cometeu infração penal sem violência ou grave ameaça, apresenta reduzido grau de periculosidade social e possui respaldo familiar para a disponibilização do necessário para o tratamento de sua enfermidade¹⁵.

Quanto à violência imprópria, o entendimento dominante é de não ser possível a substituição (no caso das penas restritivas de direitos), pois a violência imprópria nada mais é do que uma forma específica de violência¹⁶.

A presunção de violência de que trata o art. 224, *a*, do Código Penal é de caráter absoluto, sendo irrelevante para a sua configuração eventual experiência sexual da vítima¹⁷. A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é enfática em declarar que

o crime de atentado violento ao pudor, ainda que praticado em sua forma simples ou com violência presumida, caracteriza-se como delito hediondo, consoante orientação deste Superior Tribunal de Justiça e do Pretório Excelso. (HC 249.212/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, J. 18.03.2014, DJe 26.03.2014)

6 PENA MÍNIMA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS

Houve um significativo avanço na lei processual penal, no que tange à diversificação e ao acordo no processo penal.

A Lei nº 9.099/1995 deu um passo significativo nessa direção, ao estabelecer *standards* direcionais em torno da pena mínima aplicável ao acordo no processo penal, ou seja, pena máxima igual ou inferior a dois anos, cumulada ou não com pena de multa, na chamada transação penal (art. 61 da

¹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, v. II, 2010. p. 468.

¹⁵ HC 503.889/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, J. 10.09.2019, DJe 18.09.2019.

¹⁶ MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Método, 2010. p. 332.

¹⁷ HC 65.267/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, J. 03.06.2008, DJe 01.09.2008.

Lei nº 9.099/1995), ou pena igual ou inferior a dois anos no caso da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/1995).

A lei, portanto, deu um passo gigantesco ao permitir o acordo de não persecução penal em crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos.

Por evidente que esse inciso deve ser interpretado com o art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, primeira parte, uma vez que o crime deve ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, uma vez o acordo de não persecução penal poderia alcançar tecnicamente crimes como o roubo e a extorsão, que tem pena mínima de quatro anos, ou seja, dentro dos patamares permitidos, mas que são praticados com violência ou grave ameaça, ou até mesmos crimes contra a vida, como homicídio privilegiado e infanticídio.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que as causas de aumento e diminuição tornam inviável o acordo de não persecução penal, tais como as circunstâncias que gravitam em torno do crime, como as qualificadoras, causas de aumento ou diminuição da pena, previstos na parte geral ou especial do Código Penal como concurso material ou formal de crimes, qualificadoras e agravantes. O inverso é verdadeiro, possibilitando o acordo de não persecução penal, nos casos das minorantes, privilégios e caso de diminuição de pena.

O legislador, no entanto, para não deixar a cargo da doutrina e da jurisprudência a análise das causas de aumento e diminuição para efeito de acordo de não persecução penal, determina, no § 1º do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, que, para aferição da pena mínima cominada ao delito para fins do acordo de não persecução penal, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

A regra atinge os crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/1990), que eram insuscetíveis de diversão e acordo, uma vez que a pena mínima prevista na maioria desses crimes (art. 1º da Lei nº 8.137/1990) é igual a 2 (dois) anos, que tornava inviável a suspensão condicional do processo, bem como os crimes contra a ordem econômica prevista no art. 4º da Lei nº 8.137/1990.

Nada impede também o acordo de não persecução penal nos crimes de tráfico de drogas, estando o agente nas condições previstas no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, ou seja, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Em conformidade com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei nº 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso. 2. Fixada a pena-base o no mínimo legal, a considerável quantidade da droga constitui fundamento idôneo para a modulação da fração em 1/6 pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.¹⁸

Dessa forma, e sendo o caso de aplicação do redutor de penas previstas no § 4º da Lei nº 11.343/2006, como o crime de tráfico de drogas praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, nada impede que o Ministério Público proponha ao pequeno traficante, também chamado de “mula”, a proposta de não persecução penal.

7 CONDIÇÕES SUFICIENTES PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME

O legislador repete a fórmula prevista no art. 59, parte final, do Código Penal brasileiro ao dispor acerca da finalidade da pena.

Estabelecerá o juiz, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a quantidade da pena. A culpabilidade, pois, encerra o elemento anímico e volitivo do agente. É o dolo e a culpa. Traduz-se o princípio da culpabilidade em uma dupla garantia: a) só pode ser imposta a pena ao agente responsável; b) a pena não pode ultrapassar a medida de culpabilidade pelo fato cometido. Também limita a culpabilidade o poder punitivo do Estado¹⁹.

¹⁸ AgRg-REsp 1838014/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 04.02.2020, DJe 10.02.2020.

¹⁹ VALE, Ionilton Pereira. O princípio da individualização da pena como expressão da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 871, p. 459-469, maio 2008.

Analogicamente, para o art. 59 do Código Penal deverá o Ministério Público estabelecer um juízo de censura para propor o acordo de não persecução penal. Trata-se de uma tarefa que Promotores de Justiça e Procuradores da República que atuam em varas e circunscrições criminais não estão acostumados, mas que devem doravante agir como se fossem um segundo julgador.

A proposta de não persecução penal, portanto, deve ser orientada pelo signo do princípio da proporcionalidade já reportado anteriormente. Conforme as lúcidas lições de Antônio Magalhães Filho, a doutrina aponta pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: um, formal, o da legalidade; e outro, material, o da justificação teleológica. Em virtude do princípio da legalidade, estendido ao direito processual penal, não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita. Do pressuposto da justificação teleológica, decorre que a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional²⁰.

8 REPARAÇÃO DO DANO OU RESTITUIÇÃO DA COISA À VÍTIMA

Essa modalidade é utilizada quando o dano causado é irreparável, não há caráter patrimonial. O valor do dano é fixado de acordo com a compatibilidade do delito, logo, é uma tentativa de conforto à vítima de maneira equilibrada.

A reparação do dano é possível, não somente nos crimes patrimoniais, mas também nos crimes contra a Administração Pública por funcionário público, como o peculato, bem como nos crimes contra a Administração Pública, como o contrabando e o descaminho.

A reparação do dano ou restituição da coisa à vítima tem como base a vitimologia, em conformidade com o conceito de vítima de Edgard de Moura Bittencourt:

O conceito de vítima se estende, pois vários sentidos: o sentido originário, com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à divindade; o geral, significando a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso; o jurídico - geral,

²⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 54.

representando aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo Direito; o jurídico – penal – restrito, designando o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal, e, por fim, o sentido jurídico – penal – amplo, que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime.²¹

Na esfera civil, o indivíduo que causar dano potencial ou lesivo à vítima deverá reparar, sendo o dano culposos ou doloso. Os incisos V e XLV do art. 5º da Constituição da República trouxeram a efetividade e a obrigatoriedade da reparação.

O Código Penal, assim como leis especiais, prevê a *justiça restaurativa ou reparatória*, nos arts. 16 (arrependimento posterior) e 65, III, *b*, como forma de atenuação da pena entre outros dispositivos, como se verá.

O art. 45 do Código Penal dispõe 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 [...]”. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidente os beneficiários.

O art. 77 do Código Penal dispõe a respeito da reparação do dano na suspensão condicional da pena no livramento condicional, trazendo o art. 78 os requisitos impostos ao acusado para ter tal benefício.

Para que o acusado faça jus ao *sursis* especial, a reparação do dano causado é a condição objetiva, exceto se o acusado comprovar que não possui condições para o ressarcimento.

Na hipótese de crime contra a ordem tributária, o pagamento do tributo ou da contribuição social, inclusive acessórios, até o recebimento da denúncia.

No Direito Processual Penal, na reparação *ex delicto*, dispõe o art. 63 do Código de Processo Penal, que, transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

²¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. São Paulo: Universitária de Direito, 1978. p. 57.

É de se observar que a Lei nº 9.099/1995 dispõe acerca da audiência preliminar como forma de conciliação civil para a reparação do dano.

Também é efeito da sentença condenatória penal, uma vez que dispõe o Código de Processo Penal, que deve o juiz fixar um valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, no entanto, que a regra do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo²².

Por outra vertente, caso não seja possível a reparação do dano, a forma mais singela de recomposição do *status quo* das coisas deixadas vulneráveis pela ação delituosa é a restituição da coisa ao seu legítimo dono, senhor ou possuidor.

A restituição da coisa é a maneira mais simples de satisfação do dano. Por exemplo, em um furto qualificado, o agente devolve a coisa à vítima. Difere do ressarcimento, que é o pagamento do dano patrimonial, de todo o dano, isto é, do prejuízo emergente e do lucro cessante, do principal e dos frutos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. Já a indenização é um meio compensatório, que visa indenizar a vítima em relação aos danos causados pelo Estado. O Estado tem a obrigação de indenizar a pessoa que sofre um dano.

Para Fernando Capez, a reparação do dano ou restituição da coisa deve sempre ser integral, a não ser que a vítima ou os seus herdeiros aceitem parte, renunciando ao restante²³.

A Súmula nº 554 do Supremo Tribunal Federal dispõe que o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal. *Mutatis mutandis*, significa que o pagamento do cheque sem provisão de fundos antes do recebimento da denúncia afasta a justa causa para a ação penal.

²² REsp 1449981/AL, 6ª Turma, Relª Min. Laurita Vaz, J. 12.11.2019, DJe 16.12.2019.

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 275.

Em conformidade com orientação pacificada do Supremo Tribunal Federal, a Súmula nº 554 do Supremo Tribunal Federal não se aplica ao crime de estelionato na sua forma fundamental:

“Tratando-se de crime de estelionato, previsto no art. 171, *caput*, não tem aplicação a Súmula nº 554/STF” (HC 72.944/SP, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 08.03.1996). A orientação contida na Súmula nº 554 é restrita ao estelionato na modalidade de emissão de cheques sem suficiente provisão de fundo, prevista no art. 171, § 2º, inc. VI, do Código Penal (Informativo nº 53 do Supremo Tribunal Federal).

9 RENUNCIAR VOLUNTARIAMENTE A BENS E DIREITOS INDICADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTOS, PRODUTO OU PROVEITO DO CRIME

O legislador, mais uma vez, optou por uma fórmula de difícil interpretação, quando utiliza a palavra renunciar. De bom alvitre, seria o emprego da fórmula “restituir ao Estado” os tais bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

Renunciar significa abdicar, abnegar, declinar, repudiar, entre outros sinônimos semelhantes. O acusado renuncia aos bens e direitos que auferiu como instrumento, produto ou proveito do crime.

Os requisitos para o acordo de não persecução penal são, portanto: a) a renúncia por parte do investigado; b) que essa renúncia seja voluntária e não forçada, não necessita ser um ato espontâneo, podendo ser aconselhado por terceiros a renunciar aos bens e direitos indicados pelo MP. Ficam de fora os valores, que eventualmente consistam como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) a renúncia deve abranger os bens (imóveis, veículos, moveis, semoventes, etc.) ou direitos (hipotecas, direitos autorais, direitos de propriedade industrial, etc.); d) que tais direitos ou bens sejam indicados pelo Ministério Público como sendo instrumento, produto ou proveito do crime. Portanto, não é o acusado ou o juiz que indica os bens a que o primeiro deve “renunciar” em favor do Estado. Tampouco, a lei determina o destino de tais bens e direitos, mas infere-se que devem ser leiloados em conformidade com o art. 122 do Código de Processo Penal. Na hipótese de decretação de

perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada, poderá haver destinação dos bens a museus públicos (art. 124-A do Código de Processo Penal).

Referidos bens poderão ser utilizados pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição da República, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades (art. 133-A do Código de Processo Penal).

Se a escolha do Ministério Público não recair sobre instrumento, produto ou proveito do crime, e sim sobre instrumento ou produto oriundo de atividades lícitas do investigado ou terceiro de boa-fé?

Deve o juiz exercer o controle acerca da legalidade do acordo de não persecução penal, devolvendo os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e de seu defensor (art. 28-A, § 5º, do Código de Processo Penal).

10 PRESTAR SERVIÇOS À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS

A prestação de serviços à comunidade tem previsão no art. 46 do Código Penal, que dispõe que a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.

Tratam-se de penas restritivas de direitos pessoais, pois envolvem o denunciado ou investigado, em ato personalíssimo (*intuitu personae*), a dedicar parte do seu tempo em serviços comunitários. Difere da pena restritiva, que envolve o pagamento de prestação pecuniária ou perda de bens ou valores.

A prestação de serviços, aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade, consiste na execução de atividades à comunidade ou a entidades públicas (p. ex., hospitais, escolas, orfanatos, programas comunitários)²⁴.

Os locais públicos devem ser fornecidos pelo juiz das execuções, em conformidade com o art. 46 da LEP. Trata-se de verdadeira antecipação da

²⁴ CUNHA, Rogerio Sanches. *Manual de direito penal*: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 456.

pena. As relações das comunidades deveriam ser fornecidas pelo Ministério Público, a exemplo do que já ocorre nas transações penais no âmbito dos juizados criminais, em que o próprio Ministério Público já dispõe da lista de entidades que servem como base para a prestação de serviços à comunidade. Trata-se de mais um entrave burocrático que vai demandar ainda mais tempo e esforço de comunicação entre os juízes do conhecimento e da execução.

O denunciado deve ser informado previamente do tempo e dos locais em que deve fazer a prestação de serviços à comunidade.

Nada impede que o Ministério Público aplique analogicamente os arts. 149 e seguintes da LEP, que dispõem acerca da prestação de serviços à comunidade, além de outras, desde que proporcionais ao crime cometido. São elas: a) designar a entidade ou o programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o investigado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; b) determinar a intimação do investigado, cientificando-o da entidade, dos dias e dos horários em que deverá cumprir a prestação de serviços à comunidade; c) pode ser alterada a forma de prestação de serviços à comunidade, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

Em conformidade com o art. 149, § 1º, da LEP, a prestação de serviços à comunidade terá a duração de 8 (oito) horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Ministério Público. O Ministério Público pode diminuir a carga de trabalho, sendo vedado aumentá-la nos patamares já estabelecidos na Lei de Execuções Penais.

O tempo da prestação de serviços à comunidade é período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços). A diminuição deve ser realizada pelo Ministério Público, atendendo aos requisitos da culpabilidade e desvalor da conduta e do resultado na esfera penal.

11 PAGAMENTO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

Embora a lei faça referência ao art. 45 do Código Penal, na realidade, o pagamento da prestação pecuniária encontra previsão no § 1º do referido artigo. Dispõe, com efeito, 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.

Portanto, o Ministério Público, ao propor o pagamento da prestação pecuniária, deve obedecer aos patamares citados no art. 45, § 1º, do Código Penal, ou seja, a prestação pecuniária não pode ser inferior a 1 (um) salário-mínimo nem superior a (trezentos e sessenta) salários-mínimos. Repudia-se, portanto, a ideia que norteia alguns aplicadores do Direito, que estipulam a pena pecuniária em valor inferior a 1 (um) salário-mínimo.

Observe-se que não é necessária a correspondência da pena pecuniária com a pena privativa de liberdade, uma vez que a prestação pecuniária tem a finalidade de reparar o dano causado pela infração penal, não precisando guardar correspondência ou ser proporcional à pena privativa de liberdade imposta²⁵.

O valor máximo deve ser reservado para infrações que causaram grande dano coletivo ou mesmo individual, como é o caso, por exemplo, de uma poluição em um rio ou lago por uma grande empresa industrial. Deve-se levar em conta, igualmente, o poder econômico de determinada pessoa. Uma pessoa que ganha 1 (um) salário-mínimo deve pagar em conformidade com sua situação econômica. Da mesma forma, uma grande empresa que sonegou milhões em tributos deve pagar o máximo devido a título de prestação pecuniária. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a pena restritiva de direitos não está vinculada a parâmetros estabelecidos para a pena privativa de liberdade, devendo guardar correspondência com a expressão do delito e a condição econômica do réu²⁶.

²⁵ AgRg-REsp 1832877/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, J. 03.03.2020, DJe 09.03.2020.

²⁶ AgRg-AREsp 1495238/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 03.03.2020, DJe 09.03.2020.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a pena restritiva de direitos consistentes na prestação pecuniária deve ser calculada com base no valor do salário-mínimo vigente à época do pagamento²⁷.

O pagamento da prestação pecuniária deve ser feito à 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.

Novamente, o legislador coloca normas de entrave ao processo e ao procedimento. Que necessidade de a entidade pública ser indicada pelo juízo da execução. Não teria o juiz do conhecimento, ou, melhor, o próprio Ministério Público, aparelhado pela Constituição da República, condições de indicar a entidade pública? Note-se que estamos dentro de atribuição própria do Ministério Público, que tem o domínio do inquérito policial.

Esse domínio do inquérito policial, como bem destaca Rui Pereira, é mitigado pelo juiz de instrução, que nessa fase funciona como guardião de direitos, liberdade e garantias, jamais como parceiro do Ministério Público²⁸.

Neste inciso, como no inciso anterior, há nítida quebra do sistema acusatório, pois, em um sistema acusatório puro, não há lugar para intervenção do juiz na fase da investigação ou do inquérito.

12 NÃO APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal não se aplica nas seguintes hipóteses: a) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; b) 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; c) 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; d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica

²⁷ EDcl-HC 529.379/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 10.03.2020, DJe 16.03.2020.

²⁸ PEREIRA, Rui. O domínio do inquérito pelo Ministério Público. *Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, p. 126, 1991.

ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. Vejamos cada uma separadamente.

A primeira delas tem razão de ser, no fato da transação penal ser mais benéfica do ponto de vista processual penal ao autor do fato. Tratando-se de crime de menor potencial ofensivo, a transação penal é mais benéfica ao acusado, reservando-se o acordo de não persecução penal para os crimes de médio potencial ofensivo e até mesmo de alto potencial ofensivo, desde que não praticados com violência ou grave ameaça.

Também não cabe o acordo de não persecução penal 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.

O conceito de reincidência é fornecido pelo art. 63 do Código Penal, que tem a seguinte redação: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal já decidiu que condenações anteriores, alcançadas pelo decurso do prazo de 5 (cinco) anos, embora afastem a reincidência, não impedem os maus antecedentes²⁹.

A lei faz, ainda, referência à conduta criminoso habitual. Não se trata, como pode parecer à primeira vista, dos autores de crimes habituais, como o curandeirismo, por exemplo, e nem a reincidência que já foi tratada antes, mas o fato de ter o agente maus antecedentes.

O próprio Supremo Tribunal Federal vem revendo a sua posição acerca dos maus antecedentes como não sendo óbice para a obtenção de certos benefícios, permitindo inclusive a exasperação da pena-base³⁰.

²⁹ HC 144209, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, J. 27.11.2018, Processo Eletrônico, DJe-268 Divulg. 13.12.2018, Publ. 14.12.2018.

³⁰ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELOS MAUS ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO TRANSITADA HÁ MAIS DE 5 ANOS CONFIGURAM MAUS ANTECEDENTES – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

É importante frisar que a natureza jurídica da reincidência é de circunstância agravante genérica, cujo caráter é subjetivo ou pessoal, de modo que não se comunica aos eventuais partícipes ou coautores. Dessa forma, é possível que, dentro de um mesmo processo com 2 (dois) ou mais réus, uns façam jus ao acordo de não persecução penal e outros não.

Também não faz jus ao acordo de não persecução penal a conduta criminal reiterada. Nos parece que o legislador faz referência à reincidência específica. É o caso dos traficantes de drogas contumazes, ladrões e assaltantes contumazes, por exemplo. Não deixar de estar incluso na conduta criminosa habitual, mas com ela não se confunde, pois a conduta habitual não está relacionada à reincidência específica. Por exemplo, o agente que faz parte de milícia e pratica vários crimes de homicídio. Na nossa experiência, como Promotor de Justiça Criminal, já nos deparamos com ladras contumazes com anotações criminais por dezenas de furtos, por exemplo.

Por fim, não faz jus ao acordo de não persecução penal o criminoso “profissional”. Em que pese a impropriedade do termo, temos, nesses casos, um modo de vida do agente, entrando aqui, por exemplo, os criminosos habituais. São estelionatários, ladrões que fazem do furto um modo de ganhar a vida, traficantes de drogas, milicianos, etc. Não se confunde com a conduta criminal reiterada por se tratar de reincidência específica, no mesmo crime, como, por exemplo, o agente traficante de drogas que atua no contexto da criminalidade, comercializando drogas. O criminoso profissional tanto pode cometer crimes contra a vida, como contra o patrimônio, e assim por diante.

O fato de 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, obsta o acordo de não persecução penal.

Trata-se de fórmula já consagrada pelo legislador em outras medidas de diversão e acordo, como é o caso já citado da transação penal e suspensão condicional do processo. O marco de 5 (cinco) anos faz reminiscência aos efeitos específicos da reincidência criminal (art. 63 do Código Penal).

(RHC 176306-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 29.11.2019, Processo Eletrônico, DJe-274 Divulg. 10.12.2019, Publ. 11.12.2019)

Por fim, não é cabível o acordo de não persecução penal nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Trata-se de opção de política criminal, defendida pelo legislador e pela doutrina, de inibir a violência contra pessoas do sexo feminino. Nessa nova tendência da política criminal, já cederam vários outros institutos, como a representação nos crimes a ela condicionados e que perdeu a sua eficácia diante da violência doméstica. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, em sede de repercussão geral, que o crime de lesão corporal praticado contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, que a ação penal pública é incondicionada³¹.

Também já decidiu o Supremo Tribunal Federal que o art. 41 da Lei nº 11.340/2006, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/1995, mostrando-se em consonância com o disposto no § 8º do art. 226 da Constituição da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares³².

13 FORMALIDADES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em conformidade com o § 3º do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, o acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

A lei exige que o acordo seja formalizado por escrito para segurança jurídica de todas as partes envolvidas, especialmente o investigado. A expressão “formalizado” indica formalidade, isto é, um ato solene envolvendo a assinatura e o conhecimento do ato pelo investigado e por seu advogado e do membro do Ministério Público responsável pelo acordo de não persecução penal.

O membro do Ministério Público deverá assinar, seja eletronicamente ou por escrito. Também deve ser assinado pelo investigado e por seu defensor. A lei não exige a assinatura do juiz, mas sua homologação, como se verá.

A lei não exige a presença do juiz no acordo de não persecução penal, que se dá tão somente com o Ministério Público, o investigado e o seu defensor.

³¹ ARE 773765-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 03.04.2014, Acórdão Eletrônico, Repercussão Geral – Mérito, DJe-079 Divulg. 25.04.2014, Publ. 28.04.2014.

³² ADC 19, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09.02.2012, Acórdão Eletrônico, DJe-080 Divulg. 28.04.2014, Publ. 29.04.2014.

14 HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Nos casos de arquivamento do inquérito policial, o juiz foi erigido a fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, quando não concordava com o arquivamento do inquérito policial remetendo a consideração do Procurador-Geral de Justiça. Essa atividade não condizente com o princípio acusatório era denominada pela doutrina como atividade anômala do juiz.

O juiz agora foi erigido (indevidamente, como quebra do sistema acusatório) em fiscal do acordo de não persecução penal.

Deverá o magistrado observar o devido processo legal no acordo de não persecução penal, no que tange aos aspectos da legalidade, da proporcionalidade, se por acaso entender que o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal.

Embora seja a lei omissa, em relação à legalidade, deverá observar se o acordo de não persecução penal não infringiu as condições impostas pelo legislador, como, por exemplo, o membro do Ministério Público, oferecendo o acordo de não persecução penal a quem já não é primário ou quem praticou o crime de violência doméstica.

No primeiro caso, ou seja, constatado que existe abusividade, inadequação ou que as medidas sejam insuficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e de seu defensor.

Abusividade diz respeito ao excesso. O Ministério Público não observou o princípio da proporcionalidade e fez uma proposta que ultrapassou os limites legais, por exemplo, estabelecendo uma prestação de serviços à comunidade por tempo maior que determina a lei. Inadequação significa ausência de parâmetros corretos para a proposta de acordo de não persecução penal. Por exemplo, propor pena pecuniária elevada a quem é comprovadamente pobre na forma lei. Por fim, deverá o juiz verificar se as medidas são insuficientes (que é o contrário da abusividade), que se dá exatamente quando as medidas são brandas em relação ao delito cometido, sempre observado o princípio da proporcionalidade.

A lei nada fala acerca da omissão ou da recusa do Ministério Público, ao receber os autos, de reformular a proposta de acordo de não persecução penal, devendo ser aplicado analogicamente o disposto no art. 28-A da Lei

nº 13.964/2019, devendo o juiz submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

O § 14 do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019 diz que, 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 do Código de Processo Penal.

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.

O juiz poderá recusar a homologação, quando não atendidos os requisitos legais, e devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

E se o Ministério Público entender que o acordo de não persecução penal é cabível na espécie e divergir da opinião do juiz. Qual seria a solução?

Entendemos que, como ainda não existe uma relação processual constituída, referido conflito deve ser resolvido pela instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

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.

Mais uma vez, desnecessariamente, o legislador envolve o juízo de execução nos procedimentos afeitos ao processo de conhecimento. Naturalmente, o promotor natural, que fez a proposta do acordo de não persecução penal, é que será responsável pela execução do acordo em sede de execução penal.

A lei dispõe, ainda, que a vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. Trata-se, como referido adiante, de um dos aspectos da vitimologia, que é a valorização da vítima no processo penal, pois esta tem um interesse subsidiário na reparação do dano causado pelo crime.

Sendo o fiscal do acordo de não persecução penal, deverá o Ministério Público comunicar ao juízo eventual descumprimento, para que seja rescindido judicialmente, devendo, então, ser o investigado denunciado formalmente pelo Ministério Público.

Seguindo fórmula já consagrada em outros tipos de acordos previstos na Lei nº 9.099/1995, 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 do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, que é impedir a proposta de acordo de não persecução penal, ante o fato de 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.

Por se tratar de causa extintiva de punibilidade, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

CONCLUSÃO

O acordo de não persecução penal, como exposto, é um instrumento de política criminal, que tem como escopo principal evitar a instauração de uma ação penal por crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo, visando, assim, evitar gastos e tempo com processos, que hodiernamente são resolvidos por meio da negociação entre o Ministério Público, o acusado e o seu advogado. A proposta de não persecução penal visa

[...] a exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais. Não há mais que se falar no acordo – que justamente visa evitar a persecução.³³

³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coord.). *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 89.

Trata-se, portanto, de negócio jurídico de natureza extrajudicial que antecede a denúncia. A finalidade é evitar a persecução penal. Se essa já teve início, não há mais espaço para a proposta³⁴.

Ademais, temos como principais efeitos do acordo de não persecução penal a ausência de estigmatização do acusado, uma vez que deixa seus antecedentes criminais sem quaisquer anotações; a simplificação do procedimento; a desinformalização do processo penal; a liberdade das partes na pactuação do acordo de não persecução penal; o controle judicial por meio da homologação do acordo em juízo, preservados os direitos fundamentais do investigado; e, principalmente, o desafogamento dos inúmeros processos que vão desaguar na justiça criminal.

REFERÊNCIAS

BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati "culturalmente motivati"* – Il diritto penale nelle società multiculturali europee. Milano: Cuem, 2008.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. São Paulo: Universitária de Direito, 1978.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n. 1, jan./mar. 2007.

CUNHA, Rogerio Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. reimp. Coimbra: Coimbra, 1977.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Lisboa: Coimbra: Almedina, 2004.

FERREIRA, Marques. O novo Código de Processo Penal. *Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 1991.

³⁴ TJDF, 07245802020198070001/DF, 0724580-20.2019.8.07.0001, 1ª Turma Criminal, Rel. Mario Machado, J. 17.09.2020, PJe 01.10.2020, sem página cadastrada.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coord.). *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, v. 2, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

MACDONALD, William Frank [Hrsg.]. *The Prosecutor*. Beverly Hills [u.a.]: Sage Publ., 1979. 279 S. (Sage Criminal Justice System Annuals; 11), 1979.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Método, 2010.

MESQUITA, Paulo Dá. *Processo penal: prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra, 2010.

NAVES, Luciana Freire. *Plea bargaining: a transação penal nos Estados Unidos da América*. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 3, n. 5, jan./jun. 1995.

PEREIRA, Rui. O domínio do inquérito pelo Ministério Público. *Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 1991.

VALE, Ionilton Pereira. O princípio da individualização da pena como expressão da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 97, v. 871, p. 459-469, maio 2008.

VV. AA. Processos penais da Europa. In: TULKENS, Françoise. *Justiça negociada*. Processos Penais da Europa. Org. Mireille-Delmas Marty. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Que futuro para o direito processual penal? *Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, artigo de Kurt Madlener, Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celeridade”. Observações acerca da Justiça alemã. Coimbra: Coimbra, 2009.

Submissão em: 24.08.2020

Avaliado em: 28.09.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 06.07.2021 (Avaliador C)

Avaliado em: 06.11.2021 (Avaliador D)

Aceito em: 26.01.2022