

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

THIAGO BICALHO ASSIS

**REGIME ABERTO OU ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA DECISÃO DO
INFRATOR À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS**

VITÓRIA

2021

THIAGO BICALHO ASSIS

**REGIME ABERTO OU ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA DECISÃO DO
INFRATOR À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS**

Trabalho Científico apresentado ao Curso de Direito de Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para a aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA

2021

THIAGO BICALHO ASSIS

**REGIME ABERTO OU ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA DECISÃO DO INFRATOR À
LUZ DA TEORIA DOS JOGOS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV,
como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em:

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gustavo Senna Miranda
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Examinador

Faculdade de Direito de Vitória – FDV

RESUMO

O presente trabalho trata da comparação entre as duas atuais vias do processo penal brasileiro. Atualmente, o investigado é obrigado a escolher entre duas vias: a conflituosa ou a negocial, quando cabível Acordo de Não Persecução Penal. Esse trabalho tratará da escolha do investigado, quais pontos ele deve considerar para a tomada da decisão, analisando as regras de cada via processual e, principalmente, as sanções/condições de cumprimento que derivam de cada via. Para isso, será utilizada a Teoria dos Jogos, de modo que o investigado possa encarar cada via como um jogo e, assim, traçar estratégias com base em seus objetivos.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal – ANPP. Regime Aberto. Jogo Conflituoso. Jogo Negocial. Teoria dos Jogos. Processo Penal. Decisão.

ABSTRACT

This article deals with the comparison between the two Brazilian's criminal process current ways. Now days, the investigated is obliged to choose between two ways: the conflictual way or the negotiating way, when the Criminal Non-Prosecution Agreement is applicable. This article will deal with the choice of the investigated, which points he/she should consider when making the decision, analyzing the rules of each process way and, mainly, the sanctions/compliance conditions that derive from each way. For this, Games Theory will be used, so that the investigated can face each option as a game and, thus, draw strategies based on his/her objectives.

Keywords: Penal Non-Persecution Agreement (something like *plea bargain*). Open Regime. Conflicted Game. Negotiable Game. Games Theory. Criminal Process. Decision.

SUMÁRIO

1. PROCESSO PENAL CONFLITUOSO	7
1.1 PRINCÍPIOS DA VIA CONFLITUOSA	7
1.2 CONDENAÇÃO EM REGIME ABERTO	8
1.3 EFEITOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.....	10
1.4 EXECUÇÃO DA PENA EM REGIME ABERTO.....	12
1.4.1 O regime aberto na LEP (Lei de Execução Penal)	13
1.4.2 O regime aberto em Vitória/ES	17
2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	20
2.1 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA JUSTIÇA NEGOCIAL.....	22
2.2 CABIMENTO DO ANPP.....	25
2.3 NEGOCIAÇÃO	28
2.4 SANÇÕES DEFINÍVEIS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	29
3. JOGO PROCESSUAL CONFLITUOSO E JOGO PROCESSUAL NEGOCIAL	31
3.1 COMPARAÇÃO ENTRE OS RESULTADOS FINAIS DOS JOGOS: REGIME ABERTO E SANÇÕES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	33
3.2 EXERCÍCIO DE CONDUTA SIMULADA	35
4. A DECISÃO	37
4.1. A TEORIA DOS JOGOS COMO MECANISMO PARA TOMADA DE DECISÃO	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

Com a introdução do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, por meio da Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como “pacote anticrime”, o investigado passou a poder optar por duas vias processuais: a via negocial ou a via conflituosa.

A via conflituosa é o processo penal tradicional, composto por réu, sua defesa, a acusação e o magistrado. Nessa via, as partes entram em conflito sobre como se deram os fatos e como eles devem ser aplicados ao ordenamento jurídico, mediante apresentação de provas. Tal conflito é mediado por um magistrado, que, ao final do processo, condenará ou absolverá o réu pelo crime imputado, definindo a pena no caso de condenação.

Pela via negocial, o Ministério Público, titular da ação penal, oferece a oportunidade ao investigado de negociar uma sanção não privativa de liberdade. Juntamente com sua defesa, o investigado negocia com o Ministério Público as condições/cláusulas e, ao final, assina o acordo. Depois de homologado em juízo, o investigado deverá cumprir as condições do acordo.

Tal escolha, em tese, deveria ser fácil. Entre sofrer uma pena privativa de liberdade, que pressupõe encarceramento, ou uma sanção correspondente a uma pena restritiva de direitos, a melhor escolha é a pena restritiva de direitos, pois o sancionado não seria encarcerado.

Mas, um detalhe importante é que o ANPP se aplica a casos que, geralmente, gerariam condenações em pena privativa de liberdade no regime inicial aberto. Analisando somente o que a Lei de Execuções Penais dispõe sobre o regime aberto, não se vislumbra qualquer vantagem em cumprir pena nesse regime em relação às sanções definíveis por meio de ANPP.

Porém, como será exposto a seguir, o regime aberto na prática é bem diferente. Analisando como ele realmente é executado, surgem dúvidas sobre qual é a sanção mais leve e, portanto, qual a via mais atrativa para o infrator.

Tal dúvida não seria problema se o ANPP fosse um meio para impor uma sanção, mas ele depende de uma escolha: aceitar a proposta do Ministério Público, optando pela via negocial ou seguir pela via conflituosa e ser condenado em regime aberto ou, até mesmo, ser absolvido.

O problema está, justamente, na possibilidade de a via negocial não ser aplicada na prática, já que ela não seria atrativa em relação à pena privativa de liberdade executada em regime aberto. Nesse caso, os benefícios da via negocial não seriam aplicados.

Outro problema é que, caso o investigado não esteja ciente das características de cada via, ele pode escolher a via inadequada ao seu caso ou aceitar propostas que impõe sanções mais graves do que seria sua pena em regime aberto.

Assim, o que se fará nesse trabalho é analisar qual a via mais atrativa para o investigado e os principais pontos que devem ser levados em conta na decisão sobre qual via seguir.

Para isso, a Teoria dos Jogos será utilizada, considerando as duas vias como dois jogos diferentes, ambos a disposição do investigado e sua defesa, sendo ele obrigado a escolher jogar um dos dois jogos.

Também será exposta a importância da orientação dada pela defesa ao infrator, pois ele tomará a escolha e deverá estar devidamente ciente das vantagens, resultados e, principalmente, dos riscos e desvantagens de cada jogo.

1. PROCESSO PENAL CONFLITUOSO

O processo penal conflituoso é o processo penal tradicional, aquele composto por um réu, que é acusado pelo Ministério Público e defendido por advogado ou Defensor Público, cujo destino é decidido por um julgador, que definirá a pena caso o considere culpado.

Esse processo possui regras, que devem ser observadas por todos os sujeitos que compõem a relação processual. As regras mais importantes, que servem de base para as demais, são os princípios.

1.1 PRINCÍPIOS DA VIA CONFLITUOSA

Quanto à principiologia do processo penal conflituoso, tem-se que elas são regras que impõem limites às jogadas e estratégias dentro do processo, mas, principalmente, são regras de comportamento aos jogadores. Aqui serão tratados os princípios que guardam relação com o processo penal negocial e os que impõem limites aos jogadores e julgador.

Primeiramente, tem-se o princípio da presunção de inocência, com a famosa premissa: “todos são inocentes até que se prove o contrário”, ou seja, o réu só será considerado culpado se houver provas o suficiente para comprovar tal culpa. Assim, como afirma NUCCI (2020, p. 151): “As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal

regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu”.

Ao descumprir o acordo de não persecução penal, a confissão dada ao membro do Ministério Público poderá ser utilizada no processo como prova da culpa do réu. Apesar de ele ainda ser considerado inocente até que se prove o contrário, tem-se, logo no começo do processo, uma importante e detalhada prova da culpa do réu, ou seja, ele começa o jogo em desvantagem.

No mesmo sentido, tem-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que impõe que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo, é afetado, já que, ao descumprir o acordo, a confissão dada ao membro do MP poderá ser usada como prova da culpa do réu, mesmo que o réu não concorde.

O princípio da busca pela verdade será retratado aqui pois impõe um padrão de comportamento à um participante único do jogo conflituoso, o julgador. Tal princípio impõe ao magistrado que ele sempre busque a verdade, ou seja, que ele atue de forma a esclarecer ao máximo as suas dúvidas, fazendo questionamentos ao réu e até mesmo determinando a produção de provas por vontade própria.

Por óbvio, as provas produzidas a mando do magistrado devem ser obtidas por meios lícitos, o que é imposto pelo princípio da inadmissibilidade de utilização de provas ilícitas. Tal princípio também impõe um padrão de comportamento a um dos jogadores, aquele responsável pela acusação. Com base nele, impõe-se que a acusação não pode atuar violando direitos do réu, para conseguir provas de sua culpabilidade, devem ser seguidos ritos e regras básicas para a produção de provas.

Esse último princípio traz a ideia de um jogo justo, ou seja, impõe à acusação um padrão de comportamento no sentido de respeitar as regras do jogo, proibindo a trapaça ou o jogo sujo. Como será tratado adiante, no outro jogo (processo penal negocial), a principiologia também caminha no mesmo sentido, de impor um jogo justo.

1.2 CONDENAÇÃO EM REGIME ABERTO

Ao final do processo, o réu pode ser absolvido ou condenado, a depender das provas contidas nos autos e do convencimento do magistrado.

Ao ser condenado, existem várias possibilidades de pena, a depender de alguns fatores, como: quantidade de pena em abstrato, circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, possibilidade de substituição da pena privativa em restritiva de liberdade etc.

O magistrado fará a dosimetria da pena, para definir a quantidade de pena que o réu deve cumprir, tomando como base as penas mínima e máxima em abstrato, previstas no tipo penal pelo qual o réu é condenado, definindo um valor mais perto do mínimo ou do máximo, a depender das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.

Ele aplicará eventuais causas de aumento e de diminuição, agravantes e atenuantes, se aplicáveis ao caso. Ao final, determina-se a quantidade de pena (pena concreta) e, a partir dela, o regime inicial de cumprimento da pena.

É cediço que a pena privativa de liberdade é executada em 3 regimes, sendo que qualquer um pode ser definido como regime inicial. Nos termos do §2º do art. 33 do Código Penal, o regime inicial será:

Fechado, se a pena for superior à 8 anos ou 4, no caso de reincidência;

Semiaberto, se a pena for superior a 4 anos e não exceda a 8 ou não exceda a 4 anos, no caso de reincidência;

Ou aberto, quando a pena for igual ou inferior a 4 anos, não sendo o réu reincidente.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (Código Penal, 1940)

Definido o regime inicial, há a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, se os requisitos estiverem preenchidos e se a medida se mostrar adequada ao caso.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Código Penal, 1940)

Assim, tem-se que o réu será condenado a cumprir a pena em regime aberto quando o magistrado definir uma pena igual ou inferior a 4 anos, não sendo o réu reincidente e não se aplicando a substituição por pena restritiva de direitos.

Como exemplo, tem-se o réu que comete crime de furto (art. 155 do Código Penal), cuja pena em abstrato é de 1 a 4 anos, e que não se adequa à substituição da pena por sua conduta social ou outra circunstância do art. 59. Esse réu cumprirá sua pena em regime inicial aberto.

Se mostra evidente que uma decisão sábia sobre qual jogo jogar (conflituoso ou negocial) depende de um simples exercício: saber a qual valor se chegaria na dosimetria e qual seria o regime inicial, para que não se cometa o erro de optar pelo jogo conflituoso num cenário em que o réu cumpriria sua pena em regime inicial semiaberto ou fechado.

Um importante ponto a ser levado em conta é a possibilidade de absolvição do réu ao final do processo. É se de ter em mente que o réu pode ser absolvido em sentença. Ou seja, optar pelo jogo conflituoso pode levar ao melhor resultado possível, que, apesar de estar no campo das incertezas/possibilidades, é o único resultado que não impõe sanção ao réu.

1.3 EFEITOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Optar pelo jogo conflituoso implica aceitar que, caso o réu seja condenado, ele irá sofrer as consequências de tal condenação. É importante frisar que todas as consequências devem ser levadas em conta no momento da decisão, já que todas impõem restrições a direitos do réu.

É de se ter em mente que a condenação causa consequências para o condenado fora do campo jurídico. O chamado estigma social ou o rótulo de “condenado” ainda fica gravado por muito tempo no imaginário social, a ideia de que aquela pessoa representa um risco. Não é fácil lidar

com essa consequência, principalmente nos crimes com ampla cobertura da mídia ou quando o réu depende de sua imagem pública.

O risco que o condenado supostamente representa, na visão da sociedade, é fundado na ideia de que ele voltará a delinquir, seja pela sua suposta natureza delituosa do agente, seja pela incompetência Estatal em reinserir o condenado ao convívio social.

CARNELUTTI (2009, p. 44) explica que o sujeito que é liberto do cárcere, condenado ou absolvido, sempre terá o rótulo de ex-encarcerado. Essa ideia serve também para os condenados que nunca foram presos, a única diferença é a palavra usada no rótulo.

O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser- A sociedade fixa cada um de nós ao passado. O rei, ainda quando, segundo o direito, não é mais rei, é sempre rei; e o devedor, porquanto tenha pagado o seu débito, é sempre devedor. Este roubou; condenaram-no por isto; cumpriu a sua pena, porém...

Neste, porém, dizia, está a crueldade e o engano. Porém poderia roubar ainda; afirmo: trabalho não lhe dou. Assim as pessoas raciocinam. (CARNELUTTI, 2009, p. 44)

No trecho, o autor traz uma das principais consequências sociais da condenação: a procura por emprego. O medo de que o condenado volte a delinquir impede que a sociedade dê a ele as oportunidades que merece, temendo eventual violação a seus bens jurídicos.

A condenação também atinge a vida pessoal do condenado, influenciando no seu convívio com as pessoas e a forma pela qual as pessoas o enxergam, quando sabem que ele já foi condenado.

Também existem consequências descritas ao longo de todo o Código Penal, chamadas de efeitos da condenação. Essas sim são exclusivamente jurídicas.

NUCCI (2020, p. 1118) divide os efeitos da condenação em penais, que compreendem alguma sanção, e extrapenais, que compreendem a perda de algum direito ou surgimento de alguma obrigação.

Quando a sentença condenatória transita em julgado produz os seguintes efeitos: a) penais (pode gerar reincidência, impedir ou revogar o sursis, impedir, ampliar o prazo ou revogar o livramento condicional, impedir a concessão de penas restritivas de direitos e multa ou causar a reconversão das restritivas de direito em privativa de liberdade, entre outros); b) extrapenais (torna certa a obrigação de reparar o dano, gerando título executivo judicial, provoca a perda dos instrumentos do crime, se ilícitos, do produto ou proveito do crime, além de poder gerar efeitos específicos para determinados crimes, como a perda do poder familiar, em crimes apenados com reclusão, cometidos por pais contra filhos). (NUCCI, 2020, p. 1118)

Os efeitos extrapenais são divididos em genéricos e específicos e são previstos nos artigos 91 e 92, respectivamente. O art. 91 trata da obrigação de indenizar da vítima (ação civil *ex delicto*) e da perda do proveito e dos instrumentos do crime.

O polêmico art. 91-A trata da perda do patrimônio do condenado que não corresponda ao seu rendimento lícito, considerando esse patrimônio como produto ou proveito do crime. Essa hipótese é aplicada no caso de condenação por crime cuja pena máxima em abstrato seja superior a 6 anos.

O art. 92 trata de situações em que a prática de determinado crime, ou em determinadas circunstâncias, ocasionam efeitos específicos. São eles a perda de cargo ou função pública e mandato eletivo – inciso I –, a incapacidade de exercício do poder familiar, tutela ou curatela – inciso II – e a inabilitação para dirigir veículo – inciso III.

A aplicação desses efeitos independe da pena e a maioria deles é automática, ou seja, sua aplicação independe de determinação do magistrado. Portanto, é necessária muita cautela ao optar pelo jogo conflituoso, tendo em vista a aplicação de todos esses efeitos.

1.4 EXECUÇÃO DA PENA EM REGIME ABERTO

Esse é o principal ponto a se levar em conta na decisão sobre o jogo, pois as regras da execução mostram como a pena será cumprida, ou seja, o investigado que sabe como a pena será executada sabe o quão e, principalmente, como sua liberdade será restringida, estando melhor informado no momento da escolha e da negociação dos termos do acordo.

As regras de execução da pena em regime aberto estão dispostas na Lei Execução Penal (Lei 7.210/84) e no Código Penal, além de eventuais normas específicas de cada comarca, tornando importante conhecer a forma de execução da pena onde o investigado irá cumpri-la.

Em linhas gerais, o regime aberto depende da postura do reeducando, que deve demonstrar que é capaz de cumprir a pena sem um controle rígido por parte do Estado. Nesse sentido, a execução da pena se pauta na autodisciplina e no senso de reponsabilidade do reeducando, pressupondo que ele é apto a ter sua liberdade minimamente reduzida, cumprindo as condições impostas.

Assim, o regime aberto é o mais brando entre os regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, sendo o regime que menos limita a liberdade do apenado.

1.4.1 O regime aberto na LEP (Lei de Execução Penal)

A pena privativa de liberdade em regime aberto deve ser executada em “casa de albergado” ou “estabelecimento adequado”, como expõe o art. 33, §1º, alínea “c” do Código Penal. Partindo dessa regra, a Lei de Execução Penal trata da execução de forma mais específica nos artigos 113 a 119.

A execução da pena, por ser baseada no senso de responsabilidade e autodisciplina do reeducando, pressupõe que o apenado aceite as condições impostas, nos termos do art. 113.

Art. 113. O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz. (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984)

O art. 114 impõe requisitos para que o apenado possa cumprir a pena em regime aberto.

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei. (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984)

O primeiro requisito é relevado, tendo em vista a dificuldade de obtenção de trabalho formal no Brasil. Assim, o apenado pode ingressar no regime aberto mesmo sem estar trabalhando e mesmo sem conseguir comprovar que pode começar a trabalhar imediatamente. Nesse sentido, já houve decisões no Superior Tribunal de Justiça.

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REGIME ABERTO. PROGRESSÃO. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE DO DELITO E LONGEVIDADE DA PENA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. (3) AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE TRABALHO LÍCITO. EXEGESE DO ART. 114, I, DA LEP. TEMPERAMENTO. ESTIPULAÇÃO DE PRAZO PARA A BUSCA E OBTENÇÃO DE OCUPAÇÃO LÍCITA. RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. A teor do que prevê o atual art. 112 da Lei de Execuções Penais, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.792/03, ao indeferir a progressão de regime prisional, porque não cumprido o requisito subjetivo, o julgador deve fazê-lo de forma motivada em dados concretos da execução da pena, não podendo cercar-se de elementos ou circunstâncias imprevistos na lei de regência. 3. **As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte consagraram o entendimento de que a regra do art. 114, I, da LEP, a qual exige do condenado, para ingressar no regime aberto, a comprovação de trabalho ou a possibilidade imediata de fazê-lo (apresentação de proposta de emprego), deve sofrer temperamentos, ante a realidade brasileira.** 4. Writ não conhecido. Ordem concedida para manter a decisão do juiz de primeiro grau, estipulando-se o prazo de 90 (noventa) dias para que o paciente demonstre a obtenção de trabalho lícito, formalizado em termo de compromisso. (STJ, HC 292.764/RJ, 6ª T. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 10-06-2014).

Os artigos 115 e 116 tratam das condições obrigatórias de cumprimento da pena em regime aberto e da possibilidade de o juiz da execução estipular outras condições ou modifica-las, especificando as condições de cumprimento dos reeducandos sob sua fiscalização, se as circunstâncias assim recomendarem.

Cabe ao juízo da execução estipular como essas condições serão cumpridas, estabelecendo os locais de cumprimento da pena, períodos de permanência nesses locais etc.

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;

IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Art. 116. O Juiz poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado,

desde que as circunstâncias assim o recomendem. (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984)

Além do juiz de execução, também existe a possibilidade de a própria legislação local regular o regime aberto de forma complementar, como exposto no art. 119.

Art. 119. A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto. (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984)

O art. 117 traz a possibilidade de o apenado cumprir pena em sua residência e lista, de forma taxativa, as hipóteses em que isso é possível. Esse modelo é chamado por MARCÃO (2021, p. 382) de “prisão-albergue domiciliar”, em que o apenado se recolhe em sua própria residência para cumprimento das condições dispostas nos incisos I e II do art. 115, substituindo a casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante. (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984)

Apesar da taxatividade do rol do art. 117, com a falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena em regime aberto, surgiu a discussão sobre a possibilidade de recolhimento de todos os apenados em suas próprias residências, da mesma forma que a hipótese do art. 117.

Marcão (2021, p. 382 e 383) trata essa hipótese de forma específica. Em primeiro lugar, ele descreve tal cenário da seguinte forma:

É no cumprimento da pena no regime aberto que o descaso do Poder Executivo para com a segurança pública em sentido amplo revela-se na sua mais absoluta e odiosa grandeza.

Sem medo de errar, é possível afirmar que na grande maioria das comarcas inexistem estabelecimentos penais adequados ao cumprimento da pena no regime aberto.

A situação por aqui é ainda mais preocupante do que aquela evidenciada com a ausência de vagas para o cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto.

(...)

Em outras palavras, não é que os estabelecimentos existentes não disponibilizem vagas suficientes, como no caso dos regimes fechado e semiaberto. Faltam os estabelecimentos propriamente ditos.

(...)

Em sendo assim, é inegável que o sistema progressivo encontra-se mortalmente ferido por mais um golpe. (MARCÃO, 2021, p. 382 e 383)

Mais adiante, ele analisa as decisões dos Tribunais Superiores ao longo dos anos, e verifica uma mudança no entendimento, tendo em vista que tal cenário perdura por muito tempo e mudanças a curto, médio ou longo prazo não se apresentam.

Cabe aqui destacar a decisão do REsp 400¹, de 1993, na qual o Superior Tribunal de Justiça consignou no acórdão: *“Ou o Estado se prepara para a execução penal, como prescrita em lei, ou o juiz terá que encontrar soluções para os impasses. E uma destas é a prisão domiciliar, se o condenado faz jus à prisão-albergue, por aplicação analógica do art. 117 da Lei de Execução Penal”*.

Na decisão, não se admitiu o cumprimento da pena em residência própria, tendo em vista a taxatividade do rol do art. 117. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 56, a fim de pacificar o tema. Na ocasião, se discutia a possibilidade de manutenção do apenado em regime prisional mais gravoso e foi firmado o seguinte entendimento:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016)

No RE citado, foram definidas medidas alternativas que devem ser observadas antes de se aplicar a prisão domiciliar, nos seguintes termos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, dar parcial provimento ao extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída

¹ REsp: 400/SP. Julgado em 23 dezembro de 1989.

antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, RE 641.320/RS)

Assim, foi reconhecida a possibilidade de execução da pena em regime aberto na modalidade prisão domiciliar, desde que haja tentativa de aplicação das medidas descritas primeiro. No mesmo sentido foi o Superior Tribunal Justiça, que firmou o mesmo entendimento no julgamento do tema repetitivo nº 993.

Essa é a modalidade adotada em Vitória, Espírito Santo, ante a falta de estabelecimento adequado ao cumprimento da pena em regime aberto, como será melhor exposto a seguir.

1.4.2 O regime aberto em Vitória/ES

Como exposto anteriormente, o apenado deve cumprir a pena em casa de albergado ou em estabelecimento adequado, como disposto no art. 33, §1º, “c” do Código Penal. Na falta deles, discute-se a possibilidade de aplicação de outras medidas, como a prisão domiciliar ou a prisão-albergue domiciliar (mesmo não observando os requisitos do art. 117 da Lei de Execução Penal).

Sobre a discussão, em sede de julgamento de tema repetitivo de nº 993, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que, na falta de estabelecimento adequado, é possível a aplicação de prisão domiciliar, mas não de maneira imediata, devendo ser empregadas algumas medidas. Segue a tese firmada:

A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018, TEMA REPETITIVO Nº 993)

Na Grande Vitória/ES, como não há casa de albergado ou estabelecimento adequado, o apenado deve se recolher em sua própria residência, durante o período estipulado no art. 115, I da Lei de Execução Penal. Porém, diferentemente do exposto na tese citada, não há a tentativa de imposição de outras medidas, como penas restritivas de direitos ou estudo. Também não há monitoramento eletrônico.

Quando o reeducando é condenado em regime aberto ou obtém a progressão de regime para o aberto, ele deve se apresentar em juízo para que seja realizada “audiência admonitória”, momento em que as condições de cumprimento do regime aberto serão apresentadas e explicadas pelo Juiz. Nessa audiência, o reeducando assina um Termo de Compromisso², em que se compromete a cumprir todas as condições e, a partir desse momento, ele começa a cumprir sua pena.

O Termo de Compromisso lista 6 condições. São elas:

- 1 – Residir no endereço declarado, devendo comunicar e comprovar ao Juízo, com antecedência, eventual mudança de endereço;
- 2 – Recolher-se em sua residência de 22h à 05h, salvo prévia autorização deste Juízo prorrogando ou alterando o horário de recolhimento;
- 3 – Comprovar que exerce trabalho honesto ou justificar suas atividades no prazo de 3 meses, a contar da audiência admonitória;
- 4 – Não se ausentar do Estado do Espírito Santo sem prévia autorização deste Juízo, observando-se, sempre, o horário de 22h à 05h;
- 5 – Comparecer bimestralmente ao Escritório Social, cujo endereço consta no calendário de apresentação, nos meses designados, observando-se a letra inicial de seu nome (A até K ou L até Z), para comprovar trabalho honesto e justificar suas atividades;
- 6 – Não ingerir bebidas alcoólicas e não frequentar locais de prostituição, jogos, bares e similares; (TERMO DE COMPROMISSO DA 3º VARA CRIMINAL DE VITÓRIA-ES, 2021)

As principais condições que o reeducando se compromete a cumprir são “exercer trabalho honesto”, sempre que possível, observando a atual crise de vagas de emprego no país, e “comparecer em juízo bimestralmente para justificar suas atividades”, em que o reeducando se

² “Termo de Compromisso” é um documento que lista as condições de cumprimento da pena em regime aberto. Ele é entregue a cada reeducando presente na audiência admonitória e cada condição é explicada pelo magistrado durante essa audiência. Ao final da audiência, o reeducando assina uma cópia desse termo, que será digitalizada e incluída no processo eletrônico, e leva outra cópia com ele, para que tenha acesso fácil para consultar as condições que deve cumprir.

compromete a comparecer para explicar como está exercendo trabalho honesto, se está cumprindo as condições corretamente etc.

Por causa do grande número de apenados, os comparecimentos bimestrais são organizados por nome, de forma que os reeducandos com nome com letra inicial A-K podem comparecer somente nos meses ímpares e L-Z podem comparecer somente nos meses pares, podendo comparecer em qualquer dia útil do mês. Quando se comparece no período estipulado, aquele mês e o próximo são considerados como pena cumprida.

Se o reeducando deixa de comparecer, a contagem da pena é interrompida até que ele volte a comparecer, ou seja, no mínimo 2 meses são excluídos da contagem de cumprimento da pena. A falta pode ser justificada, ocasião em que o magistrado decidirá sobre sua validade e sobre contar o período de falta como pena cumprida ou não.

As outras condições devem ser cumpridas devidamente, porém não é feita uma fiscalização adequada, tendo em vista a falta de recursos disponíveis e alto número de reeducandos. Ressalta-se que as varas de execução de regime aberto da Grande Vitória/ES (3ª e 9ª Vara Criminal de Vitória) contam com aproximadamente 7 mil processos cada.

Em nome da função de ressocialização da pena, que o modelo da progressão de regime visa alcançar, a fiscalização da pena em regime aberto é pautada na confiança do juízo no reeducando e no senso de responsabilidade dele, pressupondo que ele é apto a estar em liberdade cumprindo as condições impostas, o que justificaria a limitada fiscalização.

Caso cometa falta ou descumpra os fins da execução, é dada a oportunidade ao reeducando de apresentar justificativa, em audiência ou por meio de manifestação da defesa, nos termos do art. 118 da Lei de Execução Penal. Só após a análise dela é que o Juiz vai decidir sobre a regressão de regime.

É importante frisar que a pena pode ser indultada ou comutada, o que, por tradição, é feito no natal, por meio do indulto natalino, além de remida, por meio do estudo ou leitura, já que o trabalho já é condição de cumprimento da pena.

Cumpridas as condições corretamente, no tempo estipulado na sentença (quantidade de pena), a pena é extinta, realizando-se as baixas necessárias (título de eleitor, certidão de “nada consta” etc). Se ainda houver pena de multa pendente de cumprimento, após cumprida a pena privativa

de liberdade, o reeducando pode parar de cumprir as condições e seu título de eleitor será reestabelecido³, mas será inscrito em dívida ativa.

Conforme exposto até aqui, essa é a sanção aplicável a quem opta pelo jogo conflituoso e é condenado em regime aberto. É de se observar, portanto, que a pena em regime aberto em Vitória/ES é uma sanção leve, se comparada ao regime semiaberto ou fechado, ou mesmo a algumas penas restritivas de direito, como será discutido mais adiante.

2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal nasce, principalmente, das angústias e insatisfações com o sistema totalmente processual no âmbito penal. Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021, p. 17 e 18) acredita que os problemas mais graves do sistema processual penal brasileiro, que justificam a implementação do Acordo de Não Persecução Penal, se apresentam em 3 áreas: a cifra oculta, a investigação criminal e a tramitação do processo.

Para ele *“sente-se que, cada vez mais, aumentam os números da cifra oculta, assim, um grande percentual de delitos que são cometidos, jamais chegam às agências estatais de persecução penal”*. Além disso, *“a investigação criminal no Brasil é, em termos gerais, um grande fracasso. Em regra, a autoria e participação em delitos somente é identificada quando existe prisão em flagrante dos envolvidos”*. Com relação à última área:

(...) verifica-se que os casos que efetivamente chegam às Varas Criminais têm, normalmente, tramitação morosa e sofrem com um infundável número de incidentes e dificuldades burocráticas. Obter uma sentença penal com trânsito em julgado parece algo quase inalcançável para os delitos mais graves. (CABRAL, 2021, p. 17 e 18)

Soma-se a esse cenário, o fato de que a execução penal também está sobrecarregada. Como já tratado aqui, as duas Varas de Execução Penal em regime aberto da Grande Vitória somam,

³ Pelo entendimento mais recente do Tribunal Superior Eleitoral, a pena de multa, quando pendente de pagamento, não obsta o restabelecimento dos direitos políticos do apenado: “O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) restabeleceu, na sessão desta quinta-feira (5), os direitos políticos de uma eleitora de Londrina (PR) que teve a pena de prisão extinta em uma condenação criminal. Por maioria de votos, o Plenário considerou que a pena de multa, também aplicada à ré - valor já inscrito na dívida ativa da Fazenda Pública Estadual -, não impede que sejam restituídos à eleitora os seus direitos políticos. A decisão do TSE foi tomada ao prover um recurso em mandado de segurança apresentado pela cidadã punida, seguindo entendimento do relator, o então ministro Admar Gonzaga.”

hoje, cerca de 15 mil processos em trâmite. Além disso, observa-se o encarceramento e a superlotação dos presídios Brasil a fora, um retrato da gravidade do problema.

Como alternativa, o sistema negocial se apresenta como medida que pode ser aplicada aos crimes menos graves, diminuindo a carga processual imensa que atola o sistema conflituoso/processual. Nesse sentido, Cabral (2021, p. 18) afirma:

Uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente, eficaz e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal. Com isso, seria estabelecido um sistema com eleição inteligente de prioridades, levando para julgamento plenário (é dizer, processo penal com instrução e julgamento perante o Juiz) somente aqueles casos mais graves. Para os demais casos, de pequena e média gravidade, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o *full trial*, economizando-se tempo e recursos públicos e lançando mão de uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos. (CABRAL, 2021, p. 18)

Ao mesmo tempo, tal medida também impede o encarceramento de agentes que praticaram crimes de menor potencial ofensivo, diminuindo a superlotação dos presídios, principalmente quanto ao encarceramento preventivo, já que a colaboração do investigado impediria o reconhecimento de que ele representa risco ao andamento do processo ou à ordem social e econômica, e a Justiça Negocial pressupõe aplicação de medidas que não a pena privativa de liberdade.

O Acordo de Não Persecução Penal surge, então, como a principal forma de negociação da sanção penal no Brasil, sendo mais amplo que a Transação Penal, no sentido de ser aplicado à mais tipos penais, e que a Suspensão Condicional do Processo, no sentido de aceitar sanções e condições mais criativas e adequadas, ampliando as possibilidades de sanção definíveis por meio de acordo.

Ele foi implementado pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público e, posteriormente, foi incluído no Código de Processo Penal por meio da Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como “pacote anticrime”.

Assim, tratando-se de um instituto de tamanha importância, por se apresentar como solução ou, no mínimo, medida paliativa muito eficiente, aos problemas mais graves do sistema processual penal, é importante tratar, em primeiro lugar, dos princípios que regem a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, o que será feito de forma breve a seguir.

2.1 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA JUSTIÇA NEGOCIAL

Os principais atrativos da justiça consensual por meio do Acordo de Não Persecução Penal são a celeridade, a inclusão da vítima e a participação do infrator na negociação da sanção, além da possibilidade de se definir sanções mais adequadas e específicas ao caso concreto. Para que esses atrativos sejam efetivados, é necessário que os princípios sejam devidamente seguidos.

Francisco Dirceu Barros (2021, p. 129 a 131), ao tratar da principiologia do ANPP, chama atenção para o fato de que a justiça negocial funciona de forma diferente da conflituosa e, portanto, exige uma principiologia própria, que permita compreender, analisar e aplicar o ANPP da forma correta.

A principiologia da justiça conflituosa, desenvolvida ao longo dos anos para aplicação na justiça conflituosa, ou seja, no processo penal tradicional, não pode ser aplicada à justiça negocial sem ressalvas, sob pena de tornar o sistema negocial ineficaz.

Porém, existem princípios gerais e tradicionais, como o da efetividade e da eficiência na persecução penal, que são aplicáveis ao ANPP e, por meio desse instituto, podem ser garantidos com maior taxa de sucesso do que por meio da justiça conflituosa.

O ANPP permite ao judiciário ter processos mais curtos e com melhores resultados, no sentido de responsabilizar os infratores e satisfazer os anseios da sociedade em ver essa responsabilização ser efetivada. Nesse sentido, também vale ressaltar o princípio da economia dos atos que integram a persecução penal, que, para BARROS (2021, p. 138):

Busca extrair o máximo de rendimento utilizando o mínimo de recursos possível, ou seja, evitar desperdícios, de modo que, as alternativas menos onerosas, tanto para as partes quanto para o Estado, devem ser escolhidas. Assim, o acordo de não persecução penal representa a aplicação máxima desse princípio, pois evita a deflagração de um processo, caso não haja necessidade do emprego desse tipo de instrumento mais formal. (BARROS, 2021, p. 138)

A partir daqui, serão tratados os princípios que afetam diretamente a negociação do acordo e a sanção aplicada ao infrator.

Como já ressaltado, o ANPP também visa dar espaço à vítima na resolução do conflito gerado pela prática de um crime, priorizando-se a reparação dos danos causados a ela, sejam danos físicos, morais, patrimoniais e/ou psicológicos. Por isso, tem-se o princípio da minimização dos danos causados à vítima. BARROS (2021, p. 141) explica, inclusive, que:

A primeira conduta que pode ser ajustada é justamente “*reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo*”, portanto, os membros do Ministério Público devem fazer o possível para efetivar o dano causado a vítima e também, se for possível, notificá-la para que a mesma participe das negociações do acordo. (BARROS, 2021, p. 141)

O autor chama atenção para o disposto no art. 17 da Resolução 181/17-CNMP, que estipula que a vítima será informada dos seus direitos materiais e processuais, devendo ser tomadas as medidas necessárias para a preservação deles e a reparação dos danos sofridos, além da preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem.

O princípio da voluntariedade objetiva, assim como os próximos a serem tratados, é exclusivo da justiça negocial. Ele estipula que o acordo não pode ser firmado mediante uso de técnicas de persuasão, violência ou ameaça, ou seja, a vontade do infrator deve ser livremente manifestada e o acordo deve ser assinado por livre iniciativa dele, sob pena de nulidade. Sobre tal princípio, Vladimir Aras afirma:

Um acordo involuntário não é válido. Ademais, se há vício no consentimento, que seja por coação física, moral ou fraude (falsas promessas, p.e.x), a vontade do agente também estará maculada. E, se isto ocorrer, o negócio processual será nulo ou anulável.

A confissão, no processo penal, só admitida de forma voluntária, onde qualquer coação poderá configurar crime, como o de torturar expresso na Lei 9.455/97. No Brasil, o princípio do *nemo tenetur se degenere*, adotado pela Constituição Federal de forma implícita no art. 5º, LXIII; garante ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo. Logo, os investigados não serão obrigados a colaborar com o Estado em suas acusações, como também não serão obrigados a participar de um acordo de não persecução penal. (ARAS, 2019)

Para que a manifestação da vontade do infrator seja legítima, ele deve ser informado integralmente sobre os aspectos do acordo, tanto as condições que ele deverá cumprir quanto os detalhes do acordo. Por isso, tem-se o princípio da informação integral. BARROS (2021, p. 142 e 143) lista 10 informações que devem ser prestadas ao infrator:

- a) a imputação formulada pelo Ministério Público de forma clara e objetiva;
- b) consequências máximas dos fatos imputados;
- c) não obrigatoriedade do acordo;
- d) benefícios do ato de aceite à barganha;

- e) a quais direitos o acordante irá renunciar;
- f) qual será a condição equiparada proposta;
- g) todas as demais condições do acordo;
- h) consequência do descumprimento do acordo;
- i) data de início e final do cumprimento do acordo;
- j) outras informações em consonância com o caso concreto; (BARROS. 2021, p. 142 e 143)

Como consequência do dever de informar sobre a imputação formulada pelo Ministério Público, surge o princípio da correlação entre fatos narrados e a condição equiparada acordada, em que o Ministério Público fica proibido de negociar os fatos imputados e o crime imputado ao infrator. Isso porque, antes mesmo do oferecimento do acordo, essa imputação já deve estar definida.

O próximo princípio deriva dos deveres impostos pela boa-fé objetiva, trata-se do princípio da tutela da expectativa consensual legítima. BARROS (2021, p. 147) explica que:

O princípio da tutela da expectativa consensual legítima consiste no dever de todos os sujeitos no curso das negociações atuarem de modo condizente com a moralidade, a fim de que se atinja seu objetivo: a solução rápida da lide, portanto, do princípio em comento, deriva a “boa-fé”, excluindo qualquer expediente escuso, como fraude, silenciar partes dos fatos, mentiras, prova deformada, as imoralidades de toda ordem. (BARROS, 2021, p. 147)

O princípio da simplicidade/informalidade, como o próprio nome já diz, preceitua que os atos que compõem o acordo não deverão seguir procedimentos e formalidades rigorosamente. Basta que a finalidade do ato seja cumprida para que ele seja válido, produzindo os efeitos que dele se espera.

No mesmo sentido caminha o princípio da instrumentalidade das formas, que impõe maior informalidade ao acordo, se relacionando com os princípios da simplicidade e celeridade. Com base nesse princípio, é possível que o procedimento também seja convencionado entre os acordantes e, dessa forma, somente os atos que geram prejuízo ao infrator seriam inválidos.

BARROS (2021, p. 153) ainda chama atenção para o art. 190 do Código de Processo Civil, que estipula uma regra geral para negócios processuais atípicos. *In verbis*:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (BARROS, 2021, p. 153)

Com base nessa norma, é possível que as partes do ANPP convençionem não só a sanção, mas o procedimento a ser seguido para que seja feito o acordo, desde que não haja prejuízo ao infrator.

O último princípio a ser tratado nesse trabalho é o da bilateralidade dos atos consensuais. Tal princípio veda a imposição ou oferecimento de propostas que devem ser respondidas com “sim” ou “não” pelo infrator. É necessário que ele necessariamente participe da elaboração dos termos do acordo, adequando-o às especificidades do seu caso concreto, vedada a padronização das propostas oferecidas.

Percebe-se, portanto, que a principiologia do ANPP é totalmente diferente da principiologia do processo conflituoso. Dessa forma, ela permite uma maior flexibilização do procedimento, deixando de lado as formalidades desnecessárias, uma participação mais adequada da vítima na responsabilização do infrator, maior liberdade às partes, sanções mais adequadas ao caso concreto, a participação do infrator na solução do conflito e, principalmente, maior celeridade na solução do conflito.

2.2 CABIMENTO DO ANPP

O autor Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021, p. 38 a 50), ao tratar das hipóteses em que é aplicável o ANPP, separa os requisitos em objetivos e subjetivos e ressalta que tanto o art. 28-A do Código de Processo Penal quanto a resolução 181/17-Conselho Nacional do Ministério Público preveem os mesmos requisitos para o cabimento do Acordo de Não Persecução Penal. Ao todo são 6 requisitos objetivos e 2 subjetivos.

Requisitos objetivos:

- 1) Delito cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, levando-se em consideração as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto (CPP, art. 28-A, caput; Res. 181/17-CNMP, art. 18, caput);
- 2) Crime que não seja cometido com violência ou grave ameaça (CPP, art. 28-A, caput; Res. 181/17-CNMP, art. 18, caput);

- 3) Quando a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (CPP, art. 28-A, caput; Res. 181/17-CNMP, art. 18, caput);
- 4) Não cabe acordo de não persecução para os crimes em que seja admitida a proposta de transação penal (CPP, art. 28-A, §2º, I; Res. 181/17-CNMP, art. 18, §1º, I);
- 5) Quando o delito for praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (art. 28-A, §2º, IV);
- 6) Quando não for o caso de arquivamento (CPP, art. 28-A, caput; Res. 181/17-CNMP, art. 18, caput); (CABRAL, 2021, p. 38 a 47)

Requisitos subjetivos:

- 1) Quando o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas (CPP, art. 28-A, §2º, II);
- 2) Quando o agente já tiver se beneficiado, nos cinco anos anteriores à infração, em acordo de não persecução penal ou suspensão condicional do processo (CPP, art. 28-A, §2º, III); (CABRAL, 2021, p. 47 a 50)

Levando em conta o foco deste trabalho, será feita uma separação dos requisitos, de forma que sejam priorizados os requisitos que delimitam infrações geralmente executadas em regime inicial aberto.

Assim, serão analisados primeiro os requisitos da “pena mínima em abstrato prevista no tipo penal imputado ao infrator” e do “impedimento de aplicação do ANPP ao infrator reincidente”.

Sobre a pena em abstrato, prevista no tipo penal imputado ao infrator, tal requisito é previsto no caput do art. 28-A do Código de Processo Penal. Para que seja cabível o ANPP, esse requisito prevê que a pena mínima em abstrato deve ser inferior a 4 anos. Importante ressaltar que, para averiguar tal pena, serão levadas em conta as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto, nos termos do §1º do art. 28-A. Sobre esse requisito, Aury Lopes Júnior (2020, p. 316) descreve:

O crime praticado deve ter pena mínima inferior a 4 anos e ter sido praticado sem violência ou grave ameaça. Para aferição dessa pena, deve-se levar em consideração as causas de aumento (como o concurso de crimes, por exemplo) e de redução (como a tentativa), devendo incidir no máximo nas causas de diminuição e no mínimo em relação as causas de aumento, pois o que se busca é a pena mínima cominada. (LOPES, 2021, p. 316)

Sobre o impedimento de aplicação ao infrator reincidente, previsto no §2º do art. 28-A, primeira parte, o ANPP não poderá ser firmado se o infrator tiver sido condenado, em sentença transitada em julgado, anteriormente à prática do delito de que trata o acordo. Por óbvio, é observado o prazo de 5 anos previsto no art. 65 do Código Penal. Assim, o infrator que tiver sido condenado, por sentença transitada em julgado, dentro do período de 5 anos antes da prática do delito de que trata o acordo, não poderá firmar Acordo de Não Persecução Penal.

Com base nesses 2 requisitos, percebe-se que o ANPP é voltado para as situações em que o infrator provavelmente seria condenado em regime inicial aberto, pois a quantidade de pena é a mesma prevista no art. 33, §2º, alínea “c”, segunda parte, (pena igual ou inferior a 4 anos) e foi estipulado o mesmo impedimento, previsto na primeira parte da mesma norma (reincidência).

Tal semelhança é devido ao fato de que os requisitos do ANPP são inspirados nos requisitos da substituição da pena, prevista no art. 44 do Código Penal. Assim, também são requisitos objetivos do ANPP: (i) a não violência ou grave ameaça no cometimento do crime de que trata o acordo (art. 28-A, caput do CPP; art. 44, I do CP), (ii) a necessidade da celebração do acordo ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 28-A, caput do CPP; art. 44, III do CP) e a (iii) não aplicação do acordo quando a infração for cometida no âmbito de violência doméstica ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (art. 28-A, §2º, IV; súmula 588 do STJ⁴).

Nesse sentido, Américo Bedê Freire Júnior e Letícia Lemgruber (2021, p. 379) afirmam que:

A vedação do ANPP para os crimes que foram praticados com violência ou grave ameaça é uma restrição compatível com uma interpretação sistemática que não admite a substituição da pena privativa de liberdade, logo não haveria sentido em admitir o acordo, já que a gravidade das condutas as torna incompatíveis com o ANPP. Seu *habitat* natural são os casos em que a procedência da denúncia e a prolação de uma sentença condenatória não gerariam o recolhimento do infrator à prisão (art. 44, I, CP). (FREIRE JÚNIOR e LEMGRUBER, 2021, p. 379)

Os demais requisitos são únicos do ANPP e não guardam relação com o regime aberto ou com a substituição da pena e são autoexplicativos: (i) não cabe acordo de não persecução para os crimes em que seja admitida a proposta de transação penal; (ii) somente caberá acordo quando não for o caso de arquivamento do inquérito ou da futura Denúncia; e (iii) não caberá acordo

⁴ Súmula 588 do STJ: A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

quando o agente já tiver se beneficiado, nos cinco anos anteriores à infração, em acordo de não persecução penal ou suspensão condicional do processo.

Assim, quando infrator se encaixa nesses requisitos, o ANPP poderá ser oferecido e a negociação começará, com a devida observância das regras impostas pelo art. 28-A do CPP e pela Resolução 181/17-CNMP, além da principiologia da justiça negocial, tratada anteriormente.

2.3 NEGOCIAÇÃO

As negociações do acordo de não persecução penal não têm formalidades rigorosas estipuladas em lei ou em resolução. Até porque é isso que se espera de um instituto que tem por base a principiologia da justiça negocial e que confere maior liberdade às partes em definir a solução do conflito.

Logo no início das tratativas, o investigado deverá ser informado sobre todos os pontos que perpassam o instituto:

- a) a imputação formulada pelo Ministério Público de forma clara e objetiva;
- b) consequências máximas dos fatos imputados;
- c) não obrigatoriedade do acordo;
- d) benefícios do ato de aceite à barganha;
- e) a quais direitos o acordante irá renunciar;
- f) qual será a condição equiparada proposta;
- g) todas as demais condições do acordo;
- h) consequência do descumprimento do acordo;
- i) data de início e final do cumprimento do acordo;
- j) outras informações em consonância com o caso concreto; (BARROS. 2021, p. 142 e 143)

Pelo princípio da simplicidade/informalidade, a negociação não deverá seguir formalidades e procedimentos de forma rigorosa e os atos praticados nela serão válidos se cumprirem sua finalidade sem causar prejuízo ao investigado.

Ademais, o próprio procedimento pode ser objeto de negociação entre as partes, na forma do art. 190 do Código de Processo Civil, com base no princípio da instrumentalidade das formas.

Tal liberdade para convencionar, porém, pressupõe que princípios como o da voluntariedade objetiva e da bilateralidade dos atos consensuais sejam observados. Com isso, a vontade do investigado poderá ser livremente manifestada, sem que ele seja persuadido ou coagido a assinar o acordo, e ele poderá participar ativamente da elaboração das condições.

Sempre que possível, é desejável que a vítima também participe das negociações, pois um dos objetivos do ANPP é, exatamente, a reparação dos danos causados a ela. Então, para uma reparação efetiva dos danos causados, a vítima pode ajudar a definir de qual forma eles serão reparados.

Ao final, o acordo deve conter condições proporcionais, adequadas e razoáveis aos danos causados pela conduta e ao grau de reprovabilidade dela, seguindo o disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

2.4 SANÇÕES DEFINÍVEIS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O art. 28-A do Código de Processo Penal prevê que o Ministério Público e o infrator devem ajustar, cumulativa ou alternativamente, 5 condições, listadas nos incisos no próprio artigo.

- 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 Código Penal;
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo 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. (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1941)

O caput do art. 28-A também impõe a confissão formal e circunstanciada da prática do delito como condição de cumprimento do acordo, de modo que o infrator deve descrever exatamente como se deu a prática do delito, de forma detalhada, coerente e convincente. Caso o infrator descumpra o acordo, essa confissão poderá ser utilizada como prova no processo penal.

Como sanção propriamente dita, pela prática do crime imputado ao infrator, o inciso III estipula que poderá ser acordada uma condição que fixe uma das penas restritivas de direitos, prevista no art. 46 do Código Penal, a PSC (Prestação de Serviço à Comunidade ou a entidades públicas).

Nos termos do art. 46, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao empregado (§1º), realizadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (§2º), conforme as aptidões do “condenado” (§3º), que no caso seria o infrator/investigado.

O §3º estipula, ainda, que a prestação de serviço se dará na razão de 1 hora de serviço por dia de pena. No caso do ANPP, seria considerada a pena mínima em abstrato, diminuída de 1 a 2/3, a depender da gravidade do injusto penal praticado e o grau de reprovabilidade da conduta, conforme ensinamento de Cabral (2021, p. 53): “Essa diminuição deverá ser feita de acordo com a gravidade do injusto investigado e do grau de reprovabilidade (culpabilidade) da conduta do agente”.

Da mesma forma, o inciso IV prevê a prestação pecuniária como sanção definível pelo acordo, cujo montante deverá ser destinado preferencialmente a entidade pública ou de interesse social que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito e que, nos termos do art. 45, §1º do Código Penal, não poderá ser inferior a 1 salário mínimo, nem superior a 360 salários mínimos.

Assim, além da reparação dos danos causados à vítima (inciso I do art. 28-A do CPP), o infrator poderá experimentar outro ato que afete seu patrimônio, já que o caput do art. 28-A prevê que as condições listadas podem ser cumulativas. E poderá ser cumulada, ainda, uma última condição, prevista inciso V.

Renee do Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower (2021, p. 230) chamam atenção para a amplitude das possibilidades de condições ajustáveis que o último inciso permite. Ao estipular que poderá ser ajustada “*outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que*

proporcional e compatível com a infração penal imputada” a norma abre um leque de possibilidades de condições, impondo apenas 3 restrições: a condição deve ter prazo determinado e deve ser proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Os autores ressaltam que a condição estipulada no acordo também deve observar certos limites para além do disposto na norma:

A variedade e adaptabilidade das condições a serem estipuladas no acordo de não persecução podem experimentar relativas inovações e ampliações desde que i) a prestação avençada não seja proibida; ii) não atinja direito de terceiros; iii) não viole valores sociais e nem a dignidade da pessoa humana; iv) seja resguardada a consciência e voluntariedade do investigado; v) seja amparada pela juridicidade que permite sejam levados em consideração os elementos materiais contidos no sistema jurídico em seu aspecto substancial e vi) implique em recomposição social do bem jurídico tutelado pela norma penal aparentemente violada. (SOUZA e DOWER, 2021, p. 230)

Eles afirmam, ainda, que *“é recomendável a utilização de condições prestacionais semelhantes àquelas penas alternativas já previstas na legislação penal”* citando exemplos como a limitação de fim de semana e a interdição temporária de direitos. Também afirmam que *“As prestações também podem abranger obrigações que produzam efeito prático equivalente os efeitos extrapenais, tais como a perda do cargo, inabilitação para exercício do cargo, etc., e, ainda, aqueles de natureza extrapatrimonial”*.

Como se espera de um modelo de justiça negocial, o art. 28-A e a Resolução 181/17-CNMP conferem liberdade às partes para que sejam acordadas diversas condições, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico e os princípios tratados anteriormente.

Assim, o acordo firmado poderá cumular várias condições, a serem cumpridas pelo infrator, desde que o conjunto de condições acordadas seja razoável, proporcional e adequado à conduta praticada pelo infrator e as suas consequências.

3. JOGO PROCESSUAL CONFLITUOSO E JOGO PROCESSUAL NEGOCIAL

Sobre a utilização da Teoria dos Jogos como meio para compreender situações de conflito, CATARINO e SORATTO (2019, p. 112) afirmam que:

A Teoria dos Jogos é mais uma ferramenta de auxílio para que se possa perceber as influências e forças que atuam nas interações sociais, mais precisamente nas situações de conflito, permitindo delinear estratégias a partir da leitura das variáveis do jogo, desenvolvendo a racionalidade e a tomada de decisão, que, por conseguinte, poderá resultar na maximizando os ganhos (*payoff*). (CATARINO e SORATTO, 2019, p. 112)

Especificamente sobre o objeto do presente trabalho, acrescenta-se que, antes mesmo do começo do jogo, é possível antecipar os possíveis *payoffs*, o que, no caso do processo penal, significa antecipar quais as sanções aplicáveis ao caso concreto e por meio de qual jogo as melhores sanções são mais facilmente aplicadas. A partir daí, analisam-se as variáveis e delimitam-se estratégias, maximizando os ganhos.

D'AMICO (2008), em obra sobre a cooperação na Teoria dos Jogos, classifica os jogos em jogos cooperativos, onde os jogadores com objetivos em comum cooperam entre si para conquistar esses objetivos, e jogos não-cooperativos, onde os jogadores possuem seus próprios objetivos e estão em conflito.

Nos jogos cooperativos, os jogadores firmam acordos para que continuem cooperando entre si, para maximizar os ganhos. Esses acordos só se mantêm se forem interessantes para todos os membros do grupo, ou seja, todos desejam o bem comum dos membros do grupo, para que o acordo continue e, conseqüentemente, para que os ganhos continuem maximizados.

Afinal, cada um possui em mente seu próprio benefício, porém, ainda é levado o bem comum em conta, pois é desejável que o acordo continue. As estratégias, portanto, são formadas pelo bem comum do grupo e são baseadas em jogadas em conjunto.

Nos jogos não-cooperativos, não há a formação de acordos entre os jogadores, cada um joga por si. Aqui fica mais claro que cada um possui seus próprios interesses e as estratégias são moldadas considerando o que o outro jogador fará contra você. No jogo não-cooperativo,

Apesar de haver diálogo e cooperação entre as partes do ANPP, este não deixa de ser um jogo não-cooperativo, pois ainda há conflito entre os jogadores. O membro do Ministério Público visa conseguir a reparação dos danos causados pela conduta e a maior sanção possível dentro dos limites impostos pelo ordenamento. A defesa, por sua vez, visa conseguir a menor sanção possível. São objetivos opostos e, por isso, instaura-se um conflito.

Assim, ambos os jogos (processo penal conflituoso e processo penal consensual) podem ser considerados jogos não-cooperativos, pois é evidente que os jogadores (defesa e acusação) jogam por conta própria e um contra o outro, com objetivos opostos.

Porém, cabe ressaltar que podem existir interesses em comum entre os jogadores dentro do conflito, como a vontade de que o conflito seja resolvido o mais rápido possível. Nesse caso, haverá cooperação entre os jogadores para que se chegue ao resultado final mais rápido. Tal cenário é mais facilmente percebível no processo penal consensual, em que as partes cooperam para que o acordo seja firmado logo.

3.1 COMPARAÇÃO ENTRE OS RESULTADOS FINAIS DOS JOGOS: REGIME ABERTO E SANÇÕES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Já que, ao fim e ao cabo, firmar ou não o acordo depende da vontade do infrator, o principal ponto a se levar em conta na decisão sobre firmar o acordo é o que o infrator quer: suas preferências, necessidades e possibilidades de cumprimento de determinadas sanções.

Assim, é importante saber se a sanção é adequada, suficiente e proporcional ao crime praticado, para se evitar proteção insuficiente aos bens jurídicos feridos pelo infrator ou sanções abusivas, que punam mais que o necessário para prevenir e reprovar a prática de um delito, mas ela só será aplicada se for atrativa para o infrator.

As preferências de cada infrator variam conforme suas necessidades e a defesa deve estar atenta à qual sanção ele prefere cumprir e, principalmente, à qual sanção ele pode/consegue cumprir.

Nesse sentido, o que o investigado procura oscila entre fatores como qual a sanção (i) menos trabalhosa, (ii) mais curta, (iii) menos despendiosa e (iv) com menos consequências. O que se fará nesse tópico é dizer quais detalhes devem ser considerados na análise, tendo em vista o que o investigado quer ou pode cumprir.

Analisar o que ele pode cumprir perpassa pela análise de quais as consequências do descumprimento do acordo e das condições de cumprimento da pena. Descumprir o acordo significa ser obrigado a jogar o jogo conflituoso em desvantagem, pois a confissão feita perante o Ministério Público poderá ser usada como prova no processo. Descumprir condições da pena

restritiva de direitos pode significar conversão da mesma em privativa de liberdade e descumprir condições do regime aberto pode significar regressão de regime, ou seja, prisão.

A primeira condição do ANPP é simples e tem semelhança com um dos efeitos da condenação (art. 927 do Código Civil e 91, I do Código Penal). Trata-se da reparação dos danos causados à vítima pela infração cometida.

A participação da vítima no ANPP é muito maior do que no processo penal. Enquanto no ANPP ela pode participar diretamente das tratativas, negociando valores e formas de reparação dos danos, no processo penal ela fica limitada à atuação do Ministério Público – que pode pedir para que o juiz defina valor mínimo de indenização da vítima (art. 387, IV do Código de Processo Penal) – ou pode entrar no processo como assistente de acusação. De toda forma, a reparação dos danos no processo penal depende da boa vontade do réu em reparar o dano causado ou da propositura de ação civil *ex delicto* (art. 63 a 68 do Código de Processo Penal). O cumprimento da pena independe da reparação dos danos causados à vítima.

No ANPP, por outro lado, caso seja possível reparar os danos, deve ser estipulada condição que obrigue o investigado a tal, como disposto no art. 28-A, I do Código de Processo Penal. Observa-se que, caso seja estipulada tal condição, o cumprimento do acordo depende da reparação dos danos causados.

A renúncia à bens e direitos indicados como instrumentos, produtos ou proveito do crime acaba por funcionar da mesma forma. É um efeito da sentença condenatória (art. 91, II e 91-A do Código Penal), portanto não é condição de cumprimento da pena, e é uma condição de cumprimento do acordo (art. 28-A, II do Código de Processo Penal).

Assim, a reparação dos danos e a perda dos proveitos do crime são consequências que, no ANPP, têm mais chances de serem efetivadas, já que fazem parte do cumprimento do acordo, compelindo o investigado a cumpri-las, ou seja, as vezes é mais despendioso firmar acordo de não persecução do que ser condenado em processo penal conflituoso.

As condições previstas nos incisos III e IV preveem penas restritivas de direitos e a condição prevista no inciso V também poderá ser uma pena restritiva. Essas são as condições que servem para reprovação da conduta do infrator e prevenção de novas condutas e serão comparadas com as condições estipuladas no Termo de Compromisso do regime aberto em Vitória/ES.

Primeiramente, percebe-se que as condições do regime aberto não são flexíveis como o acordo de não persecução, mas impõem sanções mais leves que as estipuláveis no acordo. Os fatores

que devem ser levados em conta são, principalmente, o tempo de cumprimento e o trabalho despendido.

Para tal comparação, será feito um exercício, no qual uma conduta fictícia servirá de base para analisar qual seria a pena em condenação e quais as condições do acordo seriam estipuladas.

3.2 EXERCÍCIO DE CONDUTA SIMULADA

Como base, tem-se a prática fictícia de um crime de furto qualificado pelo §4º do art. 155 do Código Penal, cuja pena em abstrato é de 2 a 8 anos, perpetrada pela primeira vez pelo infrator, que não tem antecedentes criminais.

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

(...)

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas. (CÓDIGO PENAL, 1940)

A pena desse infrator em eventual condenação ficaria bem próxima do mínimo, por isso será considerado o mínimo previsto no tipo penal (2 anos de reclusão e multa). Por não ser reincidente, o infrator cumpriria a pena em regime aberto ou teria a pena substituída por restritiva de direitos.

Em eventual acordo de não persecução, poderia ser estipulada condição equivalente à pena de reclusão (inciso I do art. 28-A do Código de Processo Penal) e outra equivalente a pena de multa (inciso II do art. 28-A do Código de Processo Penal).

A prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública obrigaria o infrator a trabalhar a razão de 1 hora por dia de pena. Considerando o máximo de diminuição possível (dois terços), a base de cálculo seria de 16 meses, ou seja, 480 dias. O infrator seria obrigado a trabalhar por 480 horas. Nos termos do art. 149, §1º da Lei de Execução Penal, o trabalho teria a duração de

8 horas semanais. Ao todo, seriam por volta de 14 meses de prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública, a razão de 8 horas semanais.

No regime aberto, seriam 2 anos de cumprimento de todas as condições estipuladas. Em torno de 12 comparecimentos em juízo para justificar as atividades. Como já exposto neste trabalho, as únicas condições efetivamente fiscalizadas são o comparecimento em juízo e a comprovação de trabalho honesto. Esta última, inclusive, é mitigada em razão da dificuldade que os condenados encontram para conseguir emprego.

Nesse sentido, o fator tempo de cumprimento seria melhor para o infrator no ANPP e o fator trabalho despendido para cumprimento seria melhor para o infrator no regime aberto, já que o reeducando não é obrigado a trabalhar à serviço da comunidade ou de entidade pública e a condição de exercer trabalho honesto é mitigada, sendo mais fácil e menos trabalhoso cumprir a pena em regime aberto, apesar de tomar mais tempo.

No caso fictício analisado, a prestação pecuniária é comparável com a pena de multa, prevista no tipo penal do furto. Tanto a multa (art. 49 e seguintes) quanto a prestação pecuniária (art. 45, §1º do Código Penal) preveem limites máximos e mínimos.

A pena de multa leva em consideração a situação econômica do réu (art. 60 do Código Penal) e é fixada em, no máximo, 360 e, no mínimo, 10 dias multa. Para definir a quantidade de dias multa, utiliza-se o critério trifásico (art. 68 do Código Penal). O valor do dia multa não pode ser inferior à 1/30, nem superior à 5 vezes o valor do salário mínimo, a depender da situação econômica do réu.

No acordo, infrator e Ministério Público devem definir, em negociação, um valor entre 1 e 360 salários mínimos, como exposto no art. 45, §1º do Código Penal. Tal valor deve ser suficiente para reprovação e prevenção do crime, já que essa é uma condição que visa prevenir e reprovocar a infração praticada, assim como a prestação de serviço à comunidade.

Assim, para que seja feita a melhor escolha, é importante estar atento à qual valor seria definido na pena de multa, para averiguar se ele seria maior ou menor do que o valor definido no acordo de não persecução.

A última condição do acordo, como já exposto, pode ser equivalente a outras penas restritivas de direitos. Nesses termos, a última condição do acordo pode ser parecida com condições do Termo do Compromisso do regime aberto, como se recolher em casa em determinados horários ou não frequentar determinados lugares.

Porém, cabe ressaltar que essas condições não são efetivamente fiscalizadas pelo juízo da execução no regime aberto, pois o volume de processos é gigantesco e faltam recursos para essa fiscalização. Ademais, descumprir alguma dessas condições não significa regressão de regime automática. Assim como no ANPP, o reeducando pode se justificar em audiência e o juiz pode entender que não foram frustrados os fins da condenação.

Quanto ao ANPP, vale ressaltar que as condições expostas podem ser cumulativas ou alternativas, como prevê o caput do art. 28-A do Código de Processo Penal. Assim, não necessariamente serão acordadas todas as condições do acordo. É possível que se tenha apenas uma sanção.

4. A DECISÃO

Para comparar os dois institutos, primeiro é necessário entender como analisar as características de cada um e, principalmente, como tomar uma decisão adequada. A proposta desse trabalho é explicar que a melhor maneira de fazer isso é com base na Teoria dos Jogos, pela proposta de Alexandre Morais da Rosa.

TAVARES (2012, p. 10) explica que essa teoria é uma forma encarar uma situação envolvendo um conflito entre duas pessoas com objetivos diferentes e opostos. Assim, partindo desse ponto, é possível analisar o conflito como um jogo, onde as estratégias e jogadas serão feitas e aplicadas com base no objetivo de cada jogador.

É a análise quantitativa de qualquer situação que envolva pelo menos duas partes em conflito, com o objetivo de indicar as estratégias ótimas para cada uma delas e alcançar os melhores resultados possíveis. [...]. A Teoria dos Jogos pressupõe que os jogadores estabeleçam um programa de jogo que lhes possibilite alcançar resultados ótimos sem deixar de levar em conta que os concorrentes também tentariam estabelecer planos similares. (TAVARES, 2012, p. 10)

Assim, as duas opções postas à mesa do investigado e do seu defensor devem ser encaradas como dois jogos diferentes, cada um com diferentes regras, estratégias e recompensas. A escolha entre jogar um jogo ou outro deve levar em conta essas diferenças.

Cada jogo também tem jogadores diferentes, e a função de cada um muda de um jogo para outro. Vejamos a vítima por exemplo: no jogo conflituoso a vítima tem um papel secundário,

que, apesar de ser mais ativo atualmente, não influencia tanto quanto no jogo consensual. Ela não influencia diretamente nas condições impostas na sentença.

Por outro lado, no jogo consensual a vítima tem papel muito mais ativo, podendo influenciar diretamente no resultado – definindo os valores a serem pagos pelo investigado para reparar os danos causados à ela, o que também impacta nas outras condições do acordo – e nas estratégias e jogadas dos outros jogadores – o investigado e o Ministério Público devem jogar levando em conta as necessidades da vítima (reparação dos danos).

O Ministério Público, no jogo conflituoso, joga buscando influenciar na decisão do julgador, para conseguir uma condenação do réu e uma sanção que acredita ser a adequada ao crime praticado (geralmente a maior possível). Já no jogo consensual, não há julgador e o Ministério Público joga buscando definir condições adequadas, proporcionais e razoáveis ele mesmo, negociando com o outro jogador: o investigado.

A verdade é que todo jogo com mais de 1 jogador é jogado em ambiente de incertezas e expectativas sobre quais serão os próximos movimentos do adversário, suas estratégias e objetivos. Escolher o jogo depende também de entender como lidar com essas incertezas e expectativas, em um cenário onde a subjetividade dos outros jogadores conta muito para obter o resultado esperado ou não.

4.1. A TEORIA DOS JOGOS COMO MECANISMO PARA TOMADA DE DECISÃO

Na proposta de ROSA (2020, p. 11), o processo penal deve ser entendido como um ambiente onde as decisões precisam ser tomadas sem que se tenham informações detalhadas ou certezas sobre os resultados e todas as consequências advindas dessas decisões.

A decisão sempre será uma aposta no melhor resultado, dados os múltiplos fatores envolvidos na antecipação das consequências dos atos e efeitos das táticas/estratégias dominantes/dominadas. Especialmente no campo do Direito Penal e do Processo Penal, nos quais a multiplicidade de sentidos e ambiguidades prevalecem. (ROSA, 2020, p. 11)

Em um ambiente de incertezas sobre o resultado de suas escolhas, o autor propõe que o melhor método para tomar uma decisão é o mecanismo da satisfatoriedade, ou seja, para a tomada de decisão:

Consideramos as opções individualmente e, então, selecionamos uma opção logo que encontramos aquela que é satisfatória ou suficientemente boa para atender ao nosso nível mínimo de aceitabilidade. Não levamos em consideração todas as possíveis opções e, então, julgamos cuidadosamente quais entre todo o universo de opções maximizará nossos ganhos e minimizará nossas perdas. (ROSA apud STERNBERG, 2012, p. 432)

Rosa (apud DAVIS, 1973, p. 121) chama atenção para o fato de que, tratando-se de jogos reais, as regras e o jogo em si não são feitos a serviço do jogador. O autor explica que, dessa forma, as variáveis não são controladas pelo jogador e elas se apresentam em grande quantidade, o que geralmente torna impossível tomar uma decisão que envolva apenas duas variáveis ou prever o resultado e consequências dessa decisão.

Tratando-se de jogo com mais de um jogador, a variável principal sempre será quais ações o outro irá tomar, que são limitadas por regras e estão vinculadas à objetivos e recompensas. Assim *“é somente com o estabelecimento dos personagens reais dos jogos, das regras reconhecidas pelos jogadores, então, que poderemos indicar táticas e estratégias, vinculadas às recompensas – ações que dirigem para um ganho”* (ROSA, 2020, p. 27).

Na decisão sobre qual jogo escolher, entre o processo penal conflituoso e alternativa consensual por meio do ANPP, os resultados são incertos e as informações são limitadas principalmente em relação ao processo penal conflituoso, em que existem várias penas possíveis, além da possibilidade de absolvição. Tais resultados dependem da decisão de um julgador, outro fator de incertezas que inexistem no processo consensual, ao menos no momento de definir as condições do acordo.

No jogo consensual também existem incertezas, pois o resultado ainda depende da atuação de pessoas, ou seja, ainda depende de estratégias, vontades, objetivos e jogadas de outras pessoas, tão (ir)racionais ou emotivas quanto o próprio infrator e seu defensor.

Pelo método proposto, é possível tomar essa decisão analisando qual seria o jogo com os melhores resultados, no sentido de minimizar os prejuízos e maximizar benefícios, dentro dos objetivos desejados. Tomar tal decisão é, portanto, escolher um jogo ou outro com base nas possíveis sanções, definíveis em cada jogo, e como será a execução de cada uma.

Nesse sentido, é essencial definir um objetivo antes de decidir. Tal objetivo será definido com base no que o infrator quer: (i) gastar menos dinheiro, (ii) trabalhar menos, (iii) cumprir a pena

mais rápido etc., tudo dentro das possibilidades e capacidades de cumprimento do próprio infrator.

Conhecendo essas preferências e os detalhes da conduta praticada, é possível traçar a melhor estratégia não só dentro dos jogos, mas também no momento da escolha de qual jogo jogar, tudo com base no que trará menos prejuízos e mais benefícios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão do presente trabalho, tem-se que o exercício da escolha entre a via conflituosa ou a negocial deve ser precedida da análise não só do andamento do processo penal e da negociação, mas, principalmente, das sanções aplicáveis em cada instituto, de acordo com as preferências e possibilidades de cumprimento do infrator.

Encarando as duas vias como um jogo, é possível traçar estratégias tendo em vista certos objetivos, que, por sua vez, dependem do que o infrator quer e de qual sanção ele pode/consegue cumprir.

Encarar o processo como um jogo significa assumir que se está diante de um conflito entre jogadores, ou seja, pessoas com seus próprios objetivos e estratégias, que naturalmente são imprevisíveis, pois são pessoas com particularidades e ambições próprias. Jogar o jogo processual, seja o conflituoso ou o negocial, significa tomar decisões em ambiente de incertezas e de múltiplas variáveis.

Ambos os jogos tem suas próprias regras, jogadores, estratégias, formas de jogar e resultados. Assim, cada jogo também possui “pros e contras”, como gravidade das sanções aplicáveis, tempo de jogo, dificuldade do jogo, quantidade de variáveis etc.

O melhor critério de decisão em um ambiente de incertezas é o da satisfatoriedade, ou seja, tomar a decisão com base em que jogo promove maiores ganhos e menores prejuízos.

Foi visto que o processo penal conflituoso pode resultar em pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou mesmo em absolvição. Portanto ele tem maior amplitude de resultados. O fator principal a se levar como “contra” é o tempo, pois as penas sempre serão maiores e o trâmite processual é bem maior do que a negociação. As vantagens, principalmente se tratando

de pena privativa em regime aberto, são a facilidade de cumprimento da pena e o menor trabalho despendido para cumpri-la.

Quanto ao ANPP, foi visto que o leque de sanções é limitado aos 5 incisos do art. 28-A do Código de Processo Penal: duas condições que atingem o patrimônio do infrator (reparar o dano e renúncia à bens e direitos) e 3 condições que impõem sanções (prestação de serviço, prestação pecuniária e outra condição indicada pelo Ministério Público). Tanto as sanções quanto as negociações são céleres, ou seja, a vantagem principal é o tempo. Porém, cumprir as condições demanda mais trabalho e atinge mais o patrimônio (maior chance de o infrator ser compelido a adimplir com as obrigações pecuniárias).

Como resposta ao problema de pesquisa, o quão atrativa é a via processual conflituosa em comparação com a via negocial depende de qual crime o infrator praticou e em quais circunstâncias ele o praticou, o que irá influenciar na pena em eventual condenação e nas condições do acordo. Também depende do que ele quer cumprir, seja a pena mais curta, menos trabalhosa ou menos dispendiosa, e no que ele pode cumprir, para não assumir uma obrigação que ele não possa adimplir no futuro, o que pode causar consequências como a prisão.

Portanto, não há, de plano, uma via mais atrativa do que a outra, mas é possível que a via processual conflituosa seja mais atrativa do que a negocial quando as prioridades do infrator indicarem que ela promove a melhor sanção para o caso dele ou quando a absolvição for uma possibilidade concreta.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Acordo de não Persecução Penal**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). Princípios estruturantes do acordo de não persecução penal. In: _____. **Acordos de não Persecução Penal e Cível**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 129-156.

BRASIL, Poder Judiciário do Espírito Santo. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. 3ª VARA CRIMINAL DE VITÓRIA. **Modelo de Termo de Compromisso**. Disponível no cartório da 3ª Vara Criminal de Vitória/ES.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848 de 7 de setembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>

BRASIL. **Lei 13.105 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal - **Ausência De Comprovação De Trabalho Lícito - Exegese Do Art. 114, I, Da LEP – Temperamento. HC 292.764/RJ**. 27 junho de 2014. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1330320&num_registro=201400866800&data=20140627&peticao_numero=-1&formato=PDF>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Execução Penal – Prisão Albergue – Cumprimento da Pena em Prisão Domiciliar – Falta de Casa de Abergado ou Outro Local Adequado – Aplicação Análoga do art. 117 da LEP**. REsp: 400/SP. Julgado em 23 dezembro de 1989.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Inexistência de Estabelecimento Penal Adequado – Concessão de Prisão Domiciliar Imediata – Impossibilidade. Tema Repetitivo nº 993**. Publicado em 03 setembro de 2018. Disponível em: <<https://informativos.trilhante.com.br/temas-stj/tema-993-stj-repetitivo>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 588**. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Julgado em 18 setembro de 2017. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27588%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27588%27).sub)>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Execução Penal – Ausência de Estabelecimento Adequado – Manutenção do Apenado em Regime Prisional Mais Gravoso – Impossibilidade. RE 641.320/RS**. 11 maio de 2016. Rel. Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP) – versão modificada e adaptada à lei anticrime. In: _____. **Acordos de não Persecução Penal e Cível**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 17-56.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Ed. Pillares, 2009, p. 44.

CATARINO, Rodrigo Curcino e SORATTO, Fernanda Peres. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**: a colaboração premiada como mecanismo de barganha. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 28, 2019 e Goiânia-GO. Direito Penal, Processo Penal e Constituição I... Florianópolis: CONPEDI, 2019. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/no85g2cd/16m9yi3r/q0v0SqY3eI9R0zoV.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

CORTE, Eleitoral restabelece direitos políticos de eleitora de Londrina (PR). **TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**, Brasília, 05 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Dezembro/corte-eleitoral-restabelece-direitos-politicos-de-eleitora-de-londrina-pr>> . Acesso em: 15 nov. 2021.

D'AMICO, Ana. Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para a compreensão da teoria das relações públicas**: uma análise da cooperação. 2008. 307f. Tese (Doutorado em Comunicação Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4348/1/401126.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

DOWER, Patrícia Eleutério Campos e SOUZA, Renee do Ó. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). **Acordos de não Persecução Penal e Cível**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 207-252.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê e LEMGRUBER, Letícia. Os acordos de não persecução penal e cível: permissões e vedações. In: BARROS, Francisco Dirceu (Coord.). **Acordos de não Persecução Penal e Cível**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 353-393.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva 2021. Livro digital.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. p. 151, 1118.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Teoria dos jogos e processo penal**: a short introduction. 4 ed, amp. e rev. Florianópolis: Emais, 2020.

TAVARES, Jean Max. **Teoria dos jogos aplicada à estratégia empresarial**. Rio de Janeiro: LTC, 2012.