A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM CASOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

THE POSSIBILITY OF CELEBRATING NON-CRIMINAL PURPOSE AGREEMENTS IN CASES INVOLVING DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMEN

Fabio Rodrigo Casaril[1]

RESUMO: O presente trabalho traz uma análise de como a utilização do acordo de não persecução penal na Lei 11.340/2006, desde que pautado em uma perspectiva de gênero, poderá trazer benefícios e proteção à mulher em situação de violência doméstica. Busca-se a construção de uma interpretação teleológica e sistêmica a fim de expor que a vedação legal genérica e abstrata de acordos de não persecução penal envolvendo violência doméstica é pautada em uma falsa premissa de maior proteção à mulher. Pensa-se que deveriam ser analisadas as peculiaridades de cada caso concreto, a fim de se possibilitar a construção de respostas penais individualizadas.

Palavras chave: Acordo Não Persecução Penal. Violência Doméstica. Proteção à mulher.

ABSTRACT: This paper brings an analysis of how the use of the non-criminal prosecution agreement according to the Law 11.340/2006 interpreted from a gender perspective could bring benefits and protection to women in a situation of domestic violence. The aim is to construct a teleological and systemic interpretation in order to expose the fact that the generic and abstract legal proibition of the non-criminal prosecution agreements involving domestic violence is based on a false premise of more protection for women. We understand that the peculiarities of each concrete case should be analyzed in order to enable a construction of individualized criminal responses.

Keywords: Non-Criminal Prosecution Agreement. Domestic Violence. Protection of Women.

1 Mestrado Profissional em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que a Lei nº 11.340/2006 representou importante evolução na forma como a violência doméstica contra a mulher passou a ser enfrentada, notadamente a forma como as condutas delituosas praticadas contra as mulheres, em razão do gênero feminino, passaram a ser tratadas em nosso ordenamento jurídico. Não obstante o inegável avanço legislativo, pensamos que o afastamento geral e abstrato dos mecanismos consensuais operado pelo art. 41 da Lei 11.340/06 não se revelou a melhor opção. Além do que, a morosidade do sistema ainda é um problema a ser enfrentado, e um dos objetivos dos acordos de não persecução penal foi justamente implementar uma resposta estatal em tempo razoável, ampliando as hipóteses de solução penal que redundem em medidas diversas da prisão. Cremos que ele poderia ser amoldado para se tornar uma ferramenta adequada de solução de determinados delitos envolvendo violência doméstica[2] e que a vedação do instrumento aos crimes praticados no âmbito da violência doméstica não cumpre a expectativa de conferir maior proteção às mulheres.

Defendemos a possibilidade de se celebrarem acordos de não persecução penal que, de um lado, protejam a mulher em situação de violência, previnam a prática de novas infrações e punam os infratores, respeitando seus direitos fundamentais. Cremos na possibilidade de se alcançar um equilíbrio entre repressão ao crime, punição do agressor e respeito aos direitos fundamentais das vítimas e dos infratores.

1 DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A palavra consenso advém de consensus, termo de origem latina que significa ação ou efeito de consentir, pressupondo a existência de partes antagônicas em dissenso. Aponta-se a grande vantagem de que o diálogo permite encontrar uma solução mais acertada ao caso concreto. Cremos que este modelo não viola a finalidade do processo penal, que é assegurar a paz jurídica pela proteção de bens jurídicos fundamentais (GIACOMOLLI, 2006).

Vale mencionar que, na esteira do sistema continental europeu, o Brasil segue a tendência de introduzir espaços de consenso para a pequena e média criminalidade, com a finalidade de desburocratizar e acelerar a justiça criminal (ANDRADE, 2018). O texto constitucional garante um processo penal de índole acusatória com um contraditório pleno, assegurada a ampla defesa, refutação de provas ilícitas e presunção de inocência até o trânsito em

2 Art. 28-A, § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

julgado da sentença penal condenatória. Importante ressaltar que, no sistema acusatório, o consenso é uma atividade das partes, sem participação judicial ativa (SUXBERGER, 2016). Além disso, a negociação não aniquila a ampla defesa, desde que a defesa técnica possa negociar as condições propostas pelo órgão de acusação junto com o investigado (STEIN, 2020). Imprescindível que o sistema garanta ao investigado condições materiais (CUNHA, 2019) para que ele possa livremente escolher entre resistir ou se conformar à acusação.

A ideia de que a todo crime cometido deveria corresponder a instauração de um processo penal conflitivo, pautado pelo embate de ideias no contraditório clássico, e com a imposição de uma pena ao final, revelou-se falaciosa. É sabido que esse modelo tradicional de processo penal, como instrumento de concretização do direito material, não responde aos anseios sociais por uma prestação jurisdicional em tempo razoável.

O modelo consensual deve ser compreendido como um meio adequado de se estruturar e administrar o sistema de justiça criminal, logo, essa modalidade pode abarcar um significativo número de práticas e estratégias (BRASIL - MPF, 2020). Este novo paradigma está pautado na negociação e na concordância de pensamentos, contrapondo-se ao conflito, antagonismo, confronto, disputa e enfrentamento (ANDRADE, 2018). Há quem enxergue até mesmo a necessidade de se estabelecer o conteúdo de um devido processo legal consensual (CUNHA, 2019), a partir das premissas constitucionais[3].

A recente inovação processual consensual, inserida no art. 28-A do CPP, a saber, o Acordo de Não Persecução Penal, amplia sobremaneira a arena da justiça penal consensual, autorizando a resolução amigável nos crimes de médio potencial ofensivo. Trata-se de modelo que, sob uma ótica de política criminal, teve por fundamento aliviar a sobrecarga dos tribunais. Não se desconhece que uma das principais razões para a ampliação do consenso no processo penal é de natureza administrativa e inspirada na eficiência (gestão da Justiça) (GUINALZ, 2019). Ao passo que, do ponto de vista da criminologia, oferece ao investigado uma alternativa ao processo contencioso e ao estigma da condenação (GIACOMOLLI, 2006). Há quem vislumbre que a busca por essas soluções pretenda evitar o efeito estigmatizante do sistema formal de justiça penal (SILVEIRA, 2020).

Caso o titular da liberdade não se oponha à pretensão acusatória,

3 inafastabilidade da jurisdição (art.5º, XXXV), juiz natural (art. 5º, LIII), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI), publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e fundamentação das decisões (art. 93, IX).

poderá firmar um acordo sobre medidas a serem cumpridas com a finalidade de resolver o caso criminal (ANDRADE, 2018). Em suma, o sistema deve ser estruturado de modo a preservar os direitos fundamentais do investigado, sem relegar a efetividade processual (CUNHA, 2019).

O consenso deve ser estudado como uma forma adequada ou não de pacificar as pessoas em conflito e trazer a paz social (GUINALZ, 2019). Não pode transformar o processo em um mero palco de produção de confissões destinadas unicamente ao encerramento abreviado do caso (ANDRADE, 2018). Mesmo por isso, o juiz assume a essencial função de garantir o equilíbrio processual entre o Ministério Público e o infrator (GIACOMOLLI, 2006).

2 DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Importante situar os acordos dentro de uma esfera mais ampla e mesmo antes da regulamentação trazida pela Lei 13.964/2019, quando o Ministério Público se apresenta como um dos atores sociais dentro do diálogo institucional brasileiro para buscar soluções ao grave problema da morosidade da Justiça Criminal e da desestrutura do sistema prisional. De fato, em 2016, o STF, no julgamento do RE 641.320, Rel. Min. Gilmar Mendes, decidiu que, diante da estrutura deficitária e da ausência de vagas do sistema carcerário brasileiro, é possível a adoção de soluções não comportadas pela lei, como o cumprimento de monitoração eletrônica no regime semiaberto, dentre outras[4].

Na mesma ocasião, o STF fez um chamado para que as instituições propusessem alternativas para amenizar a crise do sistema penal e penitenciário. O Ministério Público também foi conclamado a dar a sua parcela de contribuição, quando então o Conselho Nacional do órgão aprova a Resolução nº 181/2017, que regulamentou a investigação criminal do MP e previu os acordos de não persecução penal em seu artigo 18, como uma resposta institucional do Ministério Público para a racionalização da ação penal.

Nessa linha, a Corregedoria Nacional do Ministério Público

4 I — A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; II — Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1º, b e c); III — Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. [Tese definida no RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016, Tema 423].

instaurou Procedimento de Estudos e Pesquisas cujo objetivo era aprimorar a investigação criminal conduzida pelo Parquet. A atividade, até então, era regulamentada internamente pela Resolução nº 13/2006-CNMP. Segundo o pronunciamento final exarado no procedimento de estudos acima mencionado, o objetivo dos trabalhos era "tornar as investigações mais céleres, eficientes, desburocratizadas, informadas pelo princípio acusatório e respeitadoras dos direitos fundamentais do investigado, da vítima e das prerrogativas dos advogados", tendo como foco a implementação do princípio acusatório na investigação criminal realizada pelo Ministério Público (CNMP, 2020).

Como fruto desse procedimento, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181/2017, parcialmente alterada pela nº 183/2018, que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público e institui os acordos de não persecução. Posteriormente, o instituto foi positivado na Lei 13.964/19, que incluiu o artigo 28-A no Código de Processo Penal, e, em grande medida, reproduziu os comandos normativos das Resoluções mencionadas. O objetivo geral do instituto, segundo o CNMP, era gerar economia processual, celeridade, redução da sensação de impunidade da sociedade e trazer alternativas ao encarceramento.

Sobre o acordo de não persecução penal, a comissão responsável pelos estudos consignou ser "imprescindível que se tome alguma providência para dar cabo à carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do país e que tanto prejuízo e atraso causam" (CNMP, 2020). Os mesmos responsáveis pela condução dos estudos justificaram que a criação do Instituto atenderia às seguintes finalidades:

> a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judicias, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma

> pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais (ESTEVES, 2017, p. 31).

Na mesma linha foi a mensagem do então ministro da Justiça Sérgio Moro quando do envio do Projeto de Lei que contemplava os acordos ao Congresso Nacional[5]. A introdução de hipóteses de não obrigatoriedade ao acusador público é bem-vinda desde que não contribua para o aumento da quantidade de aprisionados (VASCONCELLOS, 2014).

Quanto à natureza jurídica do instituto, pode-se dizer que se trata de negócio jurídico bilateral, firmado na fase pré-processual, que busca evitar o oferecimento da ação penal pública em razão da confissão do investigado e de sua submissão a determinadas condições (CUNHA; et. al., 2020).

Havendo o descumprimento doloso das condições, poderá haver rescisão do acordo. Requerida a rescisão pelo Ministério Público, a defesa há de ser ouvida para que possa apresentar eventual justificativa para o descumprimento. Caso o juiz desacolha o pedido do MP e não rescinda o acordo, essa decisão é apelável, com fundamento no artigo 593, II, do CPP.

Após a celebração e registro do acordo pelas partes, ele será apresentado ao juiz competente para a homologação, que se dará em audiência especialmente designada para esse fim, da qual participarão investigado e defensor, sem a presença do Ministério Público. O juiz realizará a filtragem constitucional e legal das cláusulas e analisará a voluntariedade do celebrante. Cabe ao magistrado realizar o juízo de compatibilidade entre a avença pactuada entre as partes com o sistema normativo vigente, conforme decidido na PET 5.952/DF, de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

O magistrado pode entender pela regularidade formal do acordo e, assim, homologá-lo, sendo este o caminho natural das coisas, gerando, inclusive, a suspensão da prescrição (art. 119, IV, CP). Possível, por outro lado, que o juiz entenda não ser caso de homologação por falta de justa causa, por exemplo. Nesse caso, segundo o entendimento do juízo, pode ser o caso de complementar as investigações. Caso o presentante do Ministério Público concorde com essa decisão, promoverá ou requisitará novas diligências. A depender do motivo da não homologação, pode ser o caso de oferecimento da denúncia ou de repactuar alguma das condições. De fato, a lei prevê

5 A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

que o juiz pode recusar a homologação se entender que as condições são inadequadas, abusivas ou insuficientes e, neste caso, devolverá o pacto para reformulação.

Entendemos que, nesta hipótese, atuação do juiz deve ser excepcionalíssima, sob pena de adentrar ao mérito do acordo substituindo a vontade das partes. Com efeito, somente poderá deixar de homologar o acordo caso as condições sejam manifestamente desproporcionais com a infração penal imputada e a culpabilidade do investigado. Concordando com o apontamento, as partes devem novamente se reunir para reavaliação das condições que impediram fosse o acordo homologado.

Condição inegociável é que o investigado esteja assistido durante todo o desenrolar do procedimento por defensor técnico, sob pena de vício insanável. Antonio Scarance Fernandes (2005) aponta que deve ser exigida a denominada dupla garantia, manifestada na necessidade de que sempre haja a conformidade do acusado e a concordância do seu defensor.

Os requisitos para celebração do acordo foram inspirados parcialmente no artigo 44 do Código Penal, vale dizer, as condições estipuladas para que o juiz possa substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na sentença condenatória. O investigado se compromete a cumprir medidas previstas como pena naquele dispositivo, sem, contudo, guardar natureza jurídica de pena, já que não há processo, muito menos condenação (SCHMITT DE BEM; MARTINELLI, 2020).

O primeiro requisito para celebração do acordo é não ser hipótese de arquivamento da investigação, ou seja, acordos somente poderão ser celebrados quando houver justa causa (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria) para a persecução penal. Vale dizer que a justa causa deve advir da investigação já concluída e não da confissão prestada para fins de celebração do ajuste. Doutrina intitula esse requisito como a exigência de "indícios criminais veementes" (BARROS, 2020, p. 103) aptos, inclusive, a mitigar sobremaneira a possibilidade de celebração de acordos penais com investigados inocentes.

Tampouco caberá o acordo quando estiver presente alguma causa extintiva da punibilidade, como a prescrição, por exemplo. Ou seja, o ANPP é uma alternativa à denúncia e não ao arquivamento, exigindo, portanto, um lastro probatório mínimo para sua celebração mesmo porque, uma vez recusada a proposta pela defesa, o caminho natural será o oferecimento da denúncia.

Outro requisito de índole objetiva é que se trate de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Parâmetros objetivamente fixados em analogia com os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos previstos no art. 44, I, CP.

Não obstante, o processo penal consensual pátrio não é de todo incompatível com os crimes cometidos mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa. Veja-se, por exemplo, os crimes de ameaça (art. 147 do CP), constrangimento ilegal (art. 146 do CP), lesão corporal simples (art. 129 do CP) e a contravenção penal de vias de fato (art. 21 da LCP), todos definidos como delitos de menor potencial ofensivo, sujeitos aos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Para além disso, o art. 89 da Lei nº 9.099/95 não proíbe a suspensão condicional do processo aos crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, desde que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Nessa linha, em prol do princípio da proporcionalidade, para os delitos considerados de menor potencial ofensivo, ainda que cometidos mediante violência ou grave ameaça, deve ser admitido o ANPP, caso se preencham os demais requisitos, como não ter sido cabível a transação penal.

Não é demasia relembrar que o legislador vedou o ANPP aos crimes cometidos mediante grave ameaça ou violência à pessoa, e que essa vedação é inspirada na redação do art. 44, I, CP, que veda seja a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos nos mesmos crimes. Vale dizer, o legislador pretendeu beneficiar com o acordo aqueles infratores que, em teórica condenação, seriam beneficiados pela pena alternativa.

Em nosso entendimento, teria andado melhor o legislador caso não vedasse, abstratamente, os acordos de não persecução a todo e qualquer crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Cremos que a análise de cada caso concreto deveria concluir se o ANPP é ou não suficiente e necessário para reprovação e prevenção do crime. Notadamente nos casos em que o agente seria condenado a cumprir pena em regime aberto, praticamente inexistente no país ou nos casos em que seria cabível a suspensão condicional da pena, pensamos ser mais vantajoso tanto para o infrator (que evitará uma condenação), como para o Estado (em prol da celeridade), possibilitar a solução abreviada do caso mediante um acordo.

Inclusive, o STF possui precedentes declarando inconstitucionais dispositivos legais que vedam benefícios penais abstratamente, baseados

em uma presunção absoluta, legal e genérica da gravidade do crime[6]. Tal raciocínio pode ser manejado para afastar a vedação em abstrato de ANPP em crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, quando preenchidos, por exemplo, os requisitos para suspensão condicional da pena (art. 77 do CP). Nada mais do que o princípio da individualização da pena alargado para individualização da resposta penal, amoldando-a a cada caso concreto.

Requisito polêmico é a exigência de confissão formal e circunstada da prática do delito. De fato, entendemos não fazer sentido o investigado dizer-se inocente e, simultaneamente, celebrar o ANPP que, nesse ponto, difere da transação penal e da suspensão condicional do processo, que não exigem a confissão do agente. Podemos dizer, então, que a celebração do acordo de não persecução penal adentra no mérito em um nível mais profundo do que os outros institutos consensuais previstos na Lei nº 9.099/95.

A exigência não é novidade brasileira. De fato, institutos consensuais no processo penal na Argentina, Alemanha, Itália e Portugal exigem a confissão dos investigados para a solução da causa mediante consenso. Trata-se de pressuposto essencial para a formalização do acordo, e confissão circunstancial é aquela que apresenta uma versão detalhada dos fatos (CUNHA; et. al., 2020) e que, cotejada com os demais elementos de informação reunidos nos autos, espelha harmonia e compatibilidade (BRASIL - MPF, 2020). Ou seja, a confissão deve abranger todos os fatos, de maneira pormenorizada e sem margem para quaisquer dúvidas (SCHMITT DE BEM; MARTINELLI, 2020). Deve o investigado falar livre e conscientemente, sem conduções ou indevidas interrupções e sem o auxílio de terceiros (CABRAL, 2020), na presença do membro do MP e de seu defensor.

Além disso, acaso a confissão se mostre contraditória e em desarmonia com outros elementos de prova, o agente ministerial deverá, fundamentadamente, negativar a celebração de acordo e prosseguir na investigação, vez que não haverá justa causa para a negociação. Na violência doméstica, a confissão ainda guarda uma função pedagógica, ao possibilitar que o infrator reconheça seus erros e deles se arrependa, bem como peça perdão para a vítima.

Outro requisito é que o acordo de não persecução penal seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime. Trata-se de requisito de índole subjetiva, devendo o proponente ponderar se, no caso concreto, o acordo retribuirá a conduta delitiva, bem como se será

6 HC 82.959-7, 97.256/RS, 111.840.

instrumento habilidoso para prevenir a prática de novos crimes da mesma espécie. Trata-se de mais uma inspiração nas penas restritivas de direitos, que devem substituir as privativas de liberdade caso sejam suficientes no caso concreto (art. 44, III, CP). Este requisito parte de uma perspectiva preventiva do direito penal (CABRAL, 2020), notadamente nos institutos consensuais.

Comporta-se uma análise subjetiva (maior culpabilidade do infrator), bem como uma análise objetiva (injusto mais grave) (CABRAL, 2020) a indicar não ser o acordo recomendável como solução penal para o caso concreto. Não obstante, encontrar a dimensão do necessário e suficiente no caso concreto será sempre uma tarefa difícil e inexata, pois impossível se ter a certeza de que aquele acordo realmente possui efeito reprovador e preventivo (BIZZOTTO; SILVA, 2021).

O centro de apoio operacional criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo denomina este requisito como uma "cláusula aberta de controle" (MPSP, 2020), a fim de evitar que o instituto seja banalizado ou transformado em instrumento de impunidade.

Além de requisito para celebração, o critério da suficiência e necessidade deve servir de balizamento na dosimetria das condições entabuladas, pois são dotadas de alto grau de maleabilidade. Da mesma forma, deve auxiliar na escolha de quantas condições serão oferecidas ao acordante. Inclusive, pensamos que esse critério será mais útil no balizamento dos termos do acordo do que na sua exclusão por pura e simplesmente não ser necessário e suficiente no caso concreto.

Com efeito, ao pretender afastar o acordo com base nesse critério, o membro do Ministério Público deve indagar a si mesmo o que obterá na ação penal que não poderia obter no ANPP. Acaso se pretenda buscar uma condenação em regime semiaberto, pensamos ser válida a recusa, pois o titular da ação penal entende que para aquele delito apenas o cumprimento de pena em regime semiaberto seria suficiente para reprimir e prevenir a conduta criminosa. Contudo, se no caso concreto a pretendida condenação será em regime aberto ou terá a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, não cremos ser possível recusar o ANPP, pois a sentença condenatória não trará sanção mais rigorosa do que aquelas que possam ser fixadas em um acordo. Tampouco se pode pretender uma condenação apenas para que se possa reconhecer a reincidência, caso o infrator volte a delinquir no futuro, pois em completo descompasso com o direito penal do fato, único compatível com um estado democrático de direito.

Esse requisito também não é inovação, pois, segundo o artigo 18,

§1º da Resolução nº 181/2018 do CNMP, o presentante Ministerial não deve celebrar o acordo quando não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias apontarem ser necessária e suficiente a adoção da medida. Na mesma linha tem-se a Orientação Conjunta nº 3 da 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF ao explicar que o requisito em tela será analisado tendo em vista a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor do fato, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, na dicção do que já prevê o artigo 44, III, CP.

A Lei também vedou expressamente o acordo aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar[7]. Como já dito, essa vedação genérica e abstrata não cumpre com sua finalidade, que é a de conferir maior proteção às vítimas. Cremos que teria andado melhor o legislador caso permitisse os ANPPs nos casos em que a provável condenação seria em regime aberto.

Além dos requisitos apontados, faz-se necessário observar as circunstâncias pessoais favoráveis ao acusado. Na linha do art. 28-A, §2º, inc. II, do CPP, não será cabível o acordo se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Defendemos, na violência doméstica, não ser cabível o acordo caso o agente ostente ação penal ainda em andamento pela prática do mesmo crime, pois, nesse caso, o acordo não será suficiente e necessário para a reprovação da conduta. Há um aspecto prático também, pois, caso seja ele condenado nas duas ações, é provável que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto, que, ao contrário do aberto, importa em efetiva privação da liberdade no mundo dos fatos.

Para que o acordo possa ser celebrado, é necessário que o acusado cumpra algumas condições, cumulativamente ou alternativamente. Aqui, não há o que se falar em pena sem condenação, justamente pela ausência de imperatividade. Dito de outro modo, ao se tratar de pena, o Estado pode impor coercitivamente ao condenado o cumprimento das ordens. No acordo de não persecução penal, diferentemente, o acusado voluntariamente assume o compromisso de realizar determinadas condições não privativas de liberdade que, se cumpridas, esvaziam o interesse processual do manejo da ação penal, ocasionando o arquivamento do procedimento investigatório e

7 Art. 28-A, §2º, IV, CPP.

a declaração de extinção da punibilidade (LIMA, 2020). De outro lado, caso não cumpridas voluntariamente, cabe ao órgão de acusação restabelecer a marcha processual do ponto em que havia parado.

Consoante o caput do art. 28-A do CPP, as condições podem ser ajustadas cumulativa e alternativamente. Cremos que se trata de erro material do legislador, pois as condições não podem ser alternativas e cumulativas ao mesmo tempo. Ou são elas consideradas alternativas e pode ser celebrado ANPP com a previsão de apenas uma condição ou são cumulativas e necessariamente devem ser previstas ao menos duas condições. Cremos que a melhor solução está na alternatividade das condições, sistemática essa que já era adotada pelo art. 18 da Resolução nº 181/CNMP.

Somos do entendimento que as condições podem ser estabelecidas de forma alternativa ou cumulativa, de acordo com a necessidade e suficiência do caso concreto. De fato, a estipulação de uma ou mais obrigações dependerá da gravidade da infração praticada, de suas consequências e da exigência de alcançar resposta necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. A maioria dos Ministérios Públicos tem orientado seus membros nesse sentido[8].

Critério mais objetivo pode ser buscado na analogia com o art. 44, §2º, do CP: caso se celebre acordo em um crime cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano, pode ser estipulada apenas uma condição. Caso a pena mínima do delito seja superior a um ano e inferior a quatro, podem ser estipuladas duas condições.

Dentre as condições a serem cumpridas pelo investigado, cumulativamente ou alternativamente, destaque-se:

a) Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima (CPP, art. 28-A, I).

A reparação é a primeira condição prevista pela lei e nem poderia ser diferente, pois a exigência de reparação do dano revaloriza a vítima e a traz ao palco processual penal, não havendo o menor sentido se celebrar um acordo penal e se esquecer dos danos causados pelo delito. A mensagem que se pretende passar com essa exigência é simples: o crime não pode compensar e o acordo não é um instrumento de impunidade. De fato, o atual modelo processual penal está em uma fase de reencontro com o ofendido, outrora afastado desse palco para se afastar a vingança privada (CABRAL, 2020).

A Declaração dos princípios básicos de Justiça relativos às vítimas da

8 Por exemplo, Conforme protocolo de atuação do acordo de não persecução penal do Ministério público do estado do Paraná.

criminalidade e abuso de poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, da qual o Brasil é signatário, prevê que os Estados devem assegurar a reparação das vítimas por meio de processos formais ou informais rápidos, justos, de baixo custo e acessíveis. A reparação do dano prevista em um ANPP cumpre com essa determinação, ao evitar que a vítima precise demandar judicialmente na esfera civil.

A participação da ofendida nos acordos envolvendo violência doméstica deve ser implementada com toda cautela, mesmo porque, à luz de normativa internacional[9], ela é tida como vítima especialmente vulnerável, merecendo priorização no atendimento por parte do Ministério Público, consoante prevê o Guia Prático de Atuação do Ministério Público na proteção e amparo às vítimas de criminalidade.

A reparação do dano pode deixar de ser contemplada no ANPP caso a vítima renuncie ao direito de ser reparada, pois se trata de direito disponível por excelência. Eventual impossibilidade de reparar o dano, conforme redação legal, não impede a confecção do acordo, porém cabe ao investigado fazer prova de sua penúria econômica[10]. Uma vez comprovada esta circunstância, deve o membro do Ministério Público oferecer o cumprimento de outra condição substitutiva, oportunizando ao infrator demonstrar sua ressocialização por outras vias (GOMES, 1995).

b) Renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produtos ou proveitos do crime (CPP, art. 28-A, II)

O instituto da renúncia tem previsão no Código Civil como uma das formas legais de perda da propriedade (art. 1275, II). Não faria sentido a celebração do acordo de não persecução penal se o investigado pudesse usufruir de todos os bens objeto de delito, permanecendo em seu poder os instrumentos do crime, por exemplo.

c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (CPP, art. 28-A, III)

O período da prestação de serviço corresponderá à pena mínima imposta para o delito investigado, diminuída de um a dois terços, claramente um incentivo para o infrator celebrar o acordo. A prestação de serviços à

9 Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia.

10 Consoante a orientação conjunto número 3 de 2018 do MPF, o interessado pode fazer essa prova com base em documentos tais como extratos de conta corrente, conta de luz, imposto de renda ou outros documentos sem prejuízo de pesquisas por parte do MP aos sistemas disponíveis.

comunidade, sem contraprestação financeira, diante do art. 17 da Lei 11.340/06 que veda, na violência doméstica, penas alternativas de "cesta básica", pecuniárias e multa isolada, se apresentaria como protagonista na reprovação da conduta dos infratores nos acordos propostos neste trabalho. Com efeito, cremos no papel pedagógico da prestação de serviços, sendo cabível o encaminhamento dos acordantes para prestarem serviços em entidades de atendimento à saúde, assistência social, policiais etc. O prestar serviços comunitários certamente é dotado de maior caráter ressocializador e repressivo do que o cumprimento de penas em regime aberto domiciliar, como acontece na maioria dos casos de violência doméstica com infrator primário.

e) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social (CPP, art. 28-A, IV)

Tal pagamento deve ser realizado a entidade pública ou de interesse social a ser fixada pelo juízo da execução, preferencialmente dentre as que tenham como objetivo proteger bens semelhantes aqueles lesados pelo delito. Nesse ponto, difere da prestação pecuniária prevista no artigo 45 do Código Penal, que é destinada preferencialmente à vítima ou seus dependentes. O valor deve ser estipulado nos moldes do art. 45 do CP (entre 1 e 360 salários-mínimos) e levar em conta tanto a gravidade do injusto, como a capacidade econômica do investigado[11].

f) cumprimento, por prazo determinado, de outras condições estipuladas pelo Ministério Público (CPP, art. 28-A, §V)

Por fim, registre-se a possibilidade de as partes preverem outras condições compatíveis e proporcionais com a infração penal imputada. Razão pela qual se conclui que o rol das cláusulas previstas na lei não é taxativo, permitindo que os negociantes estipulem outras condições, desde que por prazo determinado. Há quem recomende que estas outras condições guardem previsão legal, ou seja, espelhem penas restritivas de direitos diversas daquelas já previstas nos incisos do artigo 28-A, como a limitação de final de semana (LIMA, 2020). Concordamos, contudo, com a corrente que advoga que estas outras condições podem ser ajustadas livremente, amoldadas ao caso concreto, desde que compatíveis e proporcionais com a infração penal imputada (BARROS, 2020). De outro lado, não serão lícitas condições que afetem a dignidade pessoal do infrator, afrontem sua liberdade de escolhas políticas ou religiosas, como por exemplo, a obrigação de frequentar determinado culto (BIZZOTTO; SILVA, 2021).

11 AgRg no REsp 1.760.446/Resp/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, Dje 03/01/2018.

Na violência doméstica, inúmeras cláusulas poderiam ser estipuladas em prol da proteção da vítima, v.g. compromisso de não frequentar determinados lugares relacionados à rotina da ofendida[12], compromisso de se submeter a tratamento para alcoolemia, compromisso de comparecer a programas ou cursos educativos. Não há de se cogitar da ilegalidade destas cláusulas, pois a assunção destes compromissos insere-se no âmbito de liberdade contratual do agente (CABRAL, 2020).

Trata-se de uma cláusula aberta de negociação, semelhante ao que ocorre no art. 89, §2º, da Lei 9.099/95 (aqui aplicável à suspensão condicional do processo), o Ministério Público poderá estipular outras condições, desde que compatíveis e proporcionais com a infração penal descrita. É nesse campo que podem ser incluídas como condição do acordo a participação do investigado em grupos reflexivos, com acompanhamento psicológico e psicossocial, a exemplo do que ocorre no Projeto Abraço da Comarca de Porto Velho/RO, nos casos envolvendo violência doméstica.

Cabe anotar que esses grupos reflexivos demandam uma metodologia para sua eficiente implementação. Entendemos que sua estruturação deve seguir as linhas orientativas traçadas pelo CNJ no Manual de gestão para as alternativas penais, com foco em questões de gênero, na responsabilização dos homens e na ruptura com os ciclos de violências (BRASIL - CNJ, 2020).

3 A POSSIBILIDADE DE ACORDOS EM CRIMES ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – UMA PROPOSTA REFLEXIVA

A Lei Maria da Penha tem conteúdo amplo, abarca dispositivos de caráter penal, civil, administrativo, trabalhista, constitucional e prevê a implementação de políticas públicas. Chega-se a dizer que ela recriou o processo penal, prevendo mecanismos de proteção da mulher e recuperação do agressor, com a intenção de romper o ciclo da violência e promover a pacificação social (FERNANDES, 2013). Cremos que todos esses objetivos podem ser mais bem concretizados em um procedimento consensual, conforme se passa a expor.

Colhe-se da exposição de motivos do projeto de lei originário da Lei 11.340/06, que a conciliação era um dos maiores problemas da lei dos juizados. Contudo, o projeto não a vedava, mas, sim, a aprimorava. A proposta originária mantinha a celeridade da Lei 9099/95, alterando, contudo, o procedimento. Seria designada uma audiência de apresentação para que a

12 Com fundamento no art. 47, IV, CP.

vítima fosse ouvida, em separado do infrator, primeiro pelo juiz e a mulher não poderia ser forçada à conciliação. Garantia-se também que a vítima estivesse acompanhada de advogado[13]. Instrumento deveras importante é a figura dos Juizados de Violência Doméstica, dotados de competência híbrida[14] e equipados com equipe multidisciplinar, justamente para proporcionar um atendimento diferenciado à vítima.

Ao taxar a violência doméstica como delito de menor potencial ofensivo, a lei não reconhecia o comprometimento emocional, o medo paralisante das vítimas, muito menos a escalada da violência. A violência doméstica é um fenômeno que merece tratamento diferenciado, em que é preciso saber avaliar o nível do risco a que a ofendida está exposta. A mulher em situação de violência doméstica convive com o agressor e, muitas das vezes, não pretende dele se separar, mas, sim, obter do sistema judiciário medida capaz de diminuir a violência e garantir sua segurança (CAMPOS, 2003).

Defendemos a ideia de que os acordos envolvendo delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher podem ser pautados pelos princípios da Justiça restaurativa e a intervenção psicossocial no meio familiar mostra-se de grande relevância. De um lado, é preciso o empoderamento da mulher à tomada de decisões, a fim de romper o ciclo de violência. De outro, a conscientização do infrator do mal que o comportamento violento ocasiona, não apenas à mulher, mas a todos os integrantes da família.

A intervenção com os agressores mostra-se um instrumento de proteção da vítima e de prevenção da reincidência específica em delitos de violência doméstica, sendo considerada elemento essencial à redução desta criminalidade, e recomendada inclusive pela ONU, na Recomendação Rec (2002) 5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (BARIN, 2016).

---

13 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LMP: Projeto de Lei 4.559-B/2004, redação do art. 35. Havendo representação e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos, a ser especificada na proposta. § 1o Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
I - ter sido o acusado condenado, pela prática de crime, a pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o acusado beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, bem como os motivos e as circunstâncias, se necessária e suficiente a adoção da medida; IV - o descumprimento, pelo acusado, das medidas cautelares que lhe tenham sido aplicadas. § 2o Ao propor a transação penal, o Ministério Público considerará os subsídios apresentados pela Equipe de Atendimento Multidisciplinar e os antecedentes do acusado. § 3o Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, será esta submetida à apreciação do juiz.

14 Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária. Art. 14-A. A ofendida tem a opção de propor ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

A medida de comparecimento do autor da violência aos programas de acompanhamento dos agressores encontra abrigo perfeito na dicção do art. 28-A, inc. V, do CPP. Com efeito, nada mais proporcional e compatível com a infração penal imputada do que o comparecimento do agressor nas reuniões dos grupos reflexivos.

Antes de defender a aplicação de um instituto consensual aos crimes praticados sob a égide da Lei Maria da Penha, importante conhecer os motivos expostos pelo Supremo Tribunal Federal quando decidiu justamente o contrário. O Plenário da Corte Constitucional decidiu pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha e pelo afastamento dos institutos despenalizadores da 9.099/95 em basicamente três ações: HC 106.212; ADI 4424 e ADC 19.

Todas as decisões concluem que o tratamento jurídico conferido pela Lei 9.099/95 banalizou a violência doméstica contra a mulher, de modo que o afastamento deste diploma normativo é perfeitamente consentâneo com o mosaico constitucional. É mesmo inegável que a mulher, após noticiar o fato, retornava para casa sem nenhuma proteção e era chamada para uma audiência preliminar em que se tentava reconciliar o casal (FERNANDES, 2013).

No HC 106.212/STF, a Defensoria Pública da União questionava decisões judiciais que negaram a suspensão condicional do processo a paciente condenado nas penas do artigo 21, caput, do Decreto-Lei nº 3688/41. O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a ordem e assentou que o artigo 41 da Lei 11340/06 afasta os institutos da 9099/95, mesmo quando se trate de contravenção penal. Na ementa, restou explícito o afastamento peremptório da lei dos juizados no processo crime que revelar violência contra a mulher.

Do inteiro teor do acórdão, extrai-se que a Corte entendeu constitucional a opção político-normativa do Congresso Nacional, veiculada pelo art. 41 da Lei 11.340/06, ao afastar a lei 9.099/95 na violência doméstica. As razões de decidir são fundadas basicamente no princípio da igualdade material e na necessidade de garantir proteção maior à mulher no seio de sua família.

Nota-se, então, que a corte constitucional, na mesma linha de diversas entidades e profissionais atuantes na temática, mostrou-se certa de que os institutos da lei 9.099/95 são inapropriados para o combate à violência doméstica. A mulher nesta situação deve receber um tratamento jurídico diferenciado, em virtude das peculiaridades desta criminalidade e das relações de afeto que as envolvem.

Nisso, estamos de acordo, pois a composição civil dos danos e, principalmente, a transação penal da forma como era implementada na grande maioria dos casos, violava a dignidade da mulher em situação de violência. A repulsa à transação penal veio no art. 17, que proibiu a pena de "cesta básica", modalidade inexistente no ordenamento, mas comumente usada na prática como transação penal (FERNANDES, 2013).

Não concordamos, contudo, com a tese de que a justiça penal consensual, abstratamente falando, não é adequada para os crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Inclusive, muitas das conclusões do Supremo Tribunal Federal nas ações acima mencionadas podem ser perfeitamente transportadas para um modelo de justiça negocial que leve em consideração a perspectiva de gênero na solução dos conflitos. É o que se passa a expor.

Com efeito, os acordos penais normalmente são encarados como um benefício ao acusado da prática de delitos de menor gravidade, bem como uma forma de abreviar o processo em causas penais menos complexas. Caso adotada essa premissa nos acordos envolvendo violência doméstica, certamente se chegará ao insucesso, como nos tempos da Lei 9.099/05. O acordo precisa evoluir para ser encarado, tal como no campo civil, como solução adequada dos conflitos.

Na prática, utilizar o meio repressivo como única forma de combate à violência é trazer uma sensação de impunidade, não apenas à vítima, como a toda a sociedade. É que as penas para a maioria dos crimes envolvendo violência doméstica contra a mulher são ínfimas (alguns poucos meses de reclusão ou detenção para os crimes de lesão corporal e ameaça). Assim, ao infrator primário – o mesmo que poderia ser contemplado com o acordo, será fixado, se condenado, o regime prisional aberto, com cumprimento em prisão domiciliar que, diante da ausência de fiscalização acaba reduzido a nada (ÁVILA, 2014).

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017, existem apenas 22 estabelecimentos originalmente destinados ao cumprimento de pena em regime aberto ou de limitação de fim de semana em todo o território nacional. A mesma fonte aponta que, em dezembro de 2019, havia 23.061 homens cumprindo pena em regime aberto no país. Ou seja, não há vaga para todos.

Isso faz com que o regime aberto seja, na prática, cumprido das mais diferentes formas a depender da região e até mesmo da Comarca. É comum a imposição de condições semelhantes ao livramento condicional

- comparecimento regular em juízo, recolhimento domiciliar noturno, limitações de direitos etc. Muitas vezes o apenado cumpre prisão domiciliar, sem monitoramento e, não raro, na mesma casa em que reside a vítima, pois não são todos os casos de violência que resultam na separação do casal.

Alguns juízes não substituem a pena privativa de liberdade, mas, sim, a suspendem mediante condições (art. 77 do CP), em que o condenado prestará serviços à comunidade, submeter-se-á à limitação de fim de semana, será proibido de se ausentar da Comarca e comparecerá mensalmente em juízo (art. 78 do CP). Ou seja, na prática, todas as condicionantes para a suspensão da pena podem ser estipuladas em um acordo prévio ao processo.

Diante disso, a condenação será meramente simbólica, sem trazer, em sua maioria, frutos e alteração no ciclo da violência suportada pela mulher, o que confirma a necessidade de um outro tipo de intervenção estatal no combate a esse mal que assola toda a sociedade.

Entendemos que somente nos casos mais graves, considerados aqueles com pena mínima igual ou superior a 4 anos (art. 28-A, caput, CPP) ou com infratores reincidentes, não comportariam, sequer em tese, a solução acordada. Para aqueles outros em que eventual condenação seria fixada em regime aberto, a mulher estaria mais bem atendida se o agressor se submetesse às medidas restritivas de natureza diversa, como círculos restaurativos e outras iniciativas que já se mostraram bem mais exitosas neste campo da criminalidade (SCHMITT DE BEM; MARTINELLI, 2020).

Mesmo porque, na esmagadora maioria dos casos, a pena aplicada ao condenado, na prática, equivale a condições que poderiam ser fixadas em um acordo de não persecução, como a participação em programas de recuperação, uma vez que esses mecanismos evitam ou reduzem a potencialização de danos pessoais (SCHMITT DE BEM; MARTINELLI, 2020). O foco da justiça consensual é o tratamento jurídico individualizado do ato considerado delituoso (LEITE, 2013), pois permite a construção dialogada da solução do caso, notadamente com a escuta dos anseios da vítima.

Os acordos possibilitam uma solução mais célere e menos traumática aqueles que cometeram fatos isolados em suas vidas e, de outro lado, viabilizam uma reparação célere, desburocratizada e adequada aos ofendidos (SCHMITT DE BEM; MARTINELLI, 2020).

Cremos que o ajuste de não persecução poderá mudar a realidade fática da justiça penal com a possibilidade de evitar a sentença condenatória e, ao mesmo tempo, oferecer mais proteção à vítima (SCHMITT DE BEM;

MARTINELLI, 2020). De fato, surge uma janela de oportunidade para um novo modelo de consenso, afastando as críticas dirigidas à sistemática da Lei 9099/95.

É claro que na delinquência grave os mecanismos consensuais oferecem mais riscos do que benefícios às partes e aos fins do processo, pois nesta hipótese o delito representa um acentuado antagonismo entre a vítima e o ofensor, traduzindo a conflitualidade existente entre eles, quando então a ação comunicativa não é recomendável (ANDRADE, 2018).

De outro lado, para os casos de infratores primários, portadores de bons antecedentes, que incidirem nas condutas proibidas pelos arts. 129, §9º, 147 do CP e 21 da LCP, ou seja, infrações cuja condenação não importará, sequer em tese, cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, reveladoras, via de regra, de uma menor gravidade, o consenso pode agilizar a resposta do estado e acelerar a reparação dos danos sofridos pela vítima (ANDRADE, 2018).

Os acordos abrem um leque de possibilidades para a solução artesanal do conflito, levando em consideração as necessidades da vítima. Necessário, inclusive, que ela seja ouvida prévia e separadamente do infrator para que possa expor suas expectativas e ser esclarecida quanto às possibilidades jurídicas existentes para a solução do conflito.

Nereu José considera a mediação como uma possibilidade de solução de conflitos penais de menor gravidade, notadamente no ambiente doméstico. Acrescenta, ainda, que ela deve ser educadora, participativa, tolerante e pacificadora, capaz de comprometer o ser humano (GIACOMOLLI, 2006). Esses adjetivos não cabem em uma sentença condenatória, ato unilateralmente imposto a outrem, mas, podem se encaixar em uma solução dialogada, quando o indivíduo assume um compromisso perante a sociedade.

Poderia se dizer ainda que os acordos aqui tratados não seriam suficientes para reprovar e prevenir o crime, conforme exige o artigo 28-A do CPP. Contudo, interessante apontar que várias penas concretamente aplicadas pelos juízes são suspensas com condições idênticas às obrigações que podem incidir no acordo (SCHMITT DE BEM; MARTINELLI, 2020). E a suspensão condicional da pena não tem sua viabilidade questionada, diante da ausência de vedação legal.

Cremos ser possível construir um espaço de consenso no processo penal envolvendo violência doméstica, com a busca de uma solução dialogada, a depender do caso concreto e de alguns standards procedimentais. Contudo,

importante registrar que a vítima não possui legitimidade para se insurgir contra a realização do acordo, pois se trata de uma atribuição do órgão de execução do Ministério Público (SCHMITT DE BEM; MARTINELLI, 2020). Porém, ela sempre deverá ser ouvida pelo representante ministerial e participar, na medida de sua vontade e eventual vulnerabilidade, da construção do acordo.

Não se desconhece a afirmação de que se o estado permitir acordos em crimes que envolvem violência de gênero estaria chancelando a violência e contribuindo para o aumento dos índices (SOARES, 2020). Contudo, com ela não concordamos, mesmo porque o processo exclusivamente adversarial, como temos hoje, não foi capaz de reduzir os índices de violência. De fato, segundo o Atlas da Violência de 2019, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), houve crescimento de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a última década, assim como no último ano, que registrou aumento de 6,3% em relação ao anterior (IPEA, 2020).

Por isso defendemos com vigor a ideia de que o fracasso dos mecanismos consensuais na violência doméstica deu-se porque o ato era orientado para manter a "harmonia familiar", à luz de uma visão de que aqueles fatos deveriam ficar confinados na vida privada dos atores. Aqui, ao contrário, propomos um modelo pautado na dignidade da mulher em situação de violência, com a sua oitiva qualificada como pré-requisito essencial para o desdobramento do caso e o eventual acordo.

Ilegal seria celebrar um acordo em que o infrator assumisse o compromisso isolado de pagar prestação pecuniária ou doar cestas-básicas, em analogia com o art. 17 da Lei 11.340/06[15]. Nesses casos, além de haver expressa vedação legal, isolado pagamento de prestação pecuniária retira o escopo retributivo e preventivo do acordo. De outra linha, perfeitamente possível que o infrator se comprometa a prestar serviços à comunidade (art. 28-A, II, CPP) ou cumprir outra condição, proporcional e compatível com a infração penal imputada (art. 28-A, V, CPP). Eis aqui a porta de entrada para uma infinidade de condições dotadas de um viés preventivo à mulher em situação de violência.

Esse dispositivo comporta a inclusão de ajuste para a frequência aos grupos de reflexão acima mencionados, comparecimento aos encontros dos alcoólicos anônimos, dentre outras. Para dar concretude ao viés preventivo, pense-se em uma estipulação em que infrator e a vítima recebam constantes

15 Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

"visitas" de policiais militares destacados e capacitados para trabalhar com violência de gênero. Indispensável, ainda, a inclusão de uma cláusula que preveja a rescisão do acordo caso novo episódio de violência ocorra.

Inclusive, como resultado dos debates promovidos na XI Jornada da Lei Maria da Penha, realizada em 18 de agosto de 2017, recomendou-se que os Tribunais de Justiça do país devem adotar práticas da Justiça Restaurativa nos casos que envolvem violência doméstica contra a mulher. Caso se admita o acordo de não persecução penal em casos de violência doméstica, uma das condições fixadas poderia ser a submissão das partes (tanto infrator, como vítima) ao procedimento restaurativo, caso o respectivo tribunal o tenha implementado, na linha do art. 5º da Resolução nº 225/2016 do CNJ[16].

A efetiva participação do infrator no procedimento, sua frequência, pontualidade e envolvimento deverá ser avaliado para fins de extinção da punibilidade pelo cumprimento do acordo de não persecução penal.

Caso a vítima requeira medidas protetivas, importante registrar no acordo que, caso essas medidas sejam descumpridas, o ajuste também será rescindido. Nessa hipótese, além do oferecimento da denúncia pelo crime que ensejou o acordo, haverá outra ação penal pelo crime de descumprimento das medidas protetivas.

Além disso, considerando a competência híbrida dos juizados, e a intenção de facilitar o acesso da mulher em situação de violência à justiça, evitando que ela tenha de percorrer diferentes esferas judiciais, é possível a inclusão de cláusulas cíveis, relativas às questões familiares neste acordo.

Como o Ministério Público não é advogado da vítima, deve ela estar necessariamente acompanhada de advogado ou defensor público, nos termos dos arts. 27 e 28 da Lei 11.340/06. Nos casos em que a vítima pretenda colocar fim ao relacionamento mantido com o infrator, oportunizar a ela a celebração de um acordo envolvendo eventual divórcio ou separação, guarda dos filhos e alimentos, prestigiaria sobremaneira seu acesso à justiça. Mesmo porque não é outra a expectativa das mulheres quando buscam o sistema judicial, consoante pesquisa de campo realizada em juizado do DF (AMARAL, 2017).

Em assim sendo, ela não precisaria peregrinar pelas varas de família para realmente resolver o seu conflito familiar (a violência, os filhos, a dependência econômica). Cremos que não há qualquer vedação em se abrir um capítulo próprio no acordo de não persecução penal para que as partes, acompanhadas de seus advogados, logrem um consenso nas questões cíveis

16 Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências

inerentes ao fim da entidade familiar. Muitas das vezes é somente isso que a mulher em situação de violência deseja – resolver as pendências e seguir em frente.

As disposições civis do acordo seriam homologadas pelo próprio juízo criminal, visto que, nos termos do art. 33 da Lei 11.340/06, ele é dotado de competência cível para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Além disso, os dispositivos concernentes às questões cíveis, contando com a homologação do juízo, ganhariam roupagem de título executivo judicial, a ser executado no juízo cível competente, à luz do art. 515, III, CPC.

Na hipótese de se admitir a possibilidade de acordo de não persecução penal envolvendo violência doméstica, a primeira audiência para tratar do caso deve ser realizada exclusivamente com a vítima, em analogia ao art. 16 da LMP. Nesta ocasião, o representante do Ministério Público, acompanhado de equipe multidisciplinar, poderá avaliar se a ofendida tem condições de manifestar livremente a sua vontade, contando com os elementos fornecidos pelo formulário de riscos já mencionado nesse trabalho e o parecer da equipe multidisciplinar.

Caso se entenda que a vítima tem condições e deseja participar de uma conciliação com o infrator, pode ser designada nova audiência, agora com ambos, para se discutirem os termos do acordo. Caso a vítima não tenha condições ou não deseje manter contato com ele, ela pode opinar na audiência reservada com o promotor de justiça sobre o desfecho do processo, até mesmo sugerindo cláusulas, que, obviamente, serão filtradas e não vinculam o Ministério Público.

Muito mais do que uma solução para desafogar o Poder Judiciário ou um benefício aos infratores primários, a moldura normativa de tais acordos seria construída em prol da proteção das vítimas. Neste palco, há de se afastar da premissa de que os acordos são destinados a diminuir o volume de feitos referentes à criminalidade de massa (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016). Na verdade, a discricionaridade conferida ao Ministério Público pelo inc. V do art. 28-A do CPP permite a construção de acordos artesanais, adaptado à situação daqueles atores.

Inclusive, pode-se buscar inspiração no Projeto originário da Lei Maria da Penha (nº 4.559-B/2004), que não vedava a transação penal, contudo, modificava o procedimento, em prol das mulheres[17].

17 Art. 35. Havendo representação e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos, a ser especificada na proposta. § 1o Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o

Os acordos permitiriam acompanhar o chamado "ciclo da violência", mantendo-se o infrator vinculado judicialmente por um período razoável, mediante a inclusão de cláusula de rescisão do acordo na hipótese de cometimento de novo ato de violência, ainda que não configure figura típica. Cláusulas desse viés são salutares para que a justiça consensual tenha como finalidade enaltecer o viés preventivo do direito penal (OLIVEIRA, 2015). Tal como Mendes e Souza (2020) se referem ao direito penal contemporâneo em matéria de macrocriminalidade, pensamos que a prevenção deve ser o paradigma reinante na violência doméstica.

CONCLUSÃO

No campo processual civil, costumava-se rotular a conciliação e a mediação como meios alternativos de resolução de conflitos, em contraponto à assoberbada e morosa heterocomposição estatal. Com a evolução dos estudos sobre o tema, esses instrumentos, de alternativos, passaram a ser rotulados como meios adequados de solução de conflitos.

Pensamos que, no campo processual penal, o mesmo caminho poderá ser trilhado. Não há dúvidas de que o acordo de não persecução penal surgiu em um cenário de estrangulamento da justiça criminal tradicional, com a intenção de desafogar o Poder Judiciário. Contudo, principalmente nos conflitos envolvendo violência doméstica, o acordo não deve ser adotado com essa finalidade, sob o risco de se desfigurar o instituto. Vale lembrar que foi justamente este espírito de produtividade em massa que fez ruir o rito do juizado especial na violência de gênero.

A ação penal nos delitos de violência doméstica não atinge seu objetivo (resolver e pacificar) o conflito. Ao se aplicarem todas as vedações legais e jurisprudenciais (composição, suspensão do processo, substituição da pena), corre-se o risco de se ter uma "ação penal meramente declaratória", na esmagadora maioria dos casos (vias de fato, lesão corporal leve e ameaça). É que a pena é fixada costumeiramente muito próxima ao mínimo legal (15 dias, 3 meses e 1 mês), em regime aberto, que, na prática, é uma ficção. Ora, o processo não pode ser um fim em si mesmo, ele precisa alcançar resultados práticos (pacificação social). Da forma como está, não cumpre a função

acusado condenado, pela prática de crime, a pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o acusado beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, bem como os motivos e as circunstâncias, se necessária e suficiente a adoção da medida; IV - o descumprimento, pelo acusado, das medidas cautelares que lhe tenham sido aplicadas. § 2o Ao propor a transação penal, o Ministério Público considerará os subsídios apresentados pela Equipe de Atendimento Multidisciplinar e os antecedentes do acusado. § 3o Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, será esta submetida à apreciação do juiz. Art. 36. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, das penas restritivas de direito de prestação pecuniária, cesta básica e multa.

punitiva, tampouco a ressocializadora, muito menos a protetiva para as vítimas.

Evitar que o acordo de não persecução penal na violência doméstica se torne apenas mais um instituto despenalizador voltado para o autor do fato, sendo que a nossa proposta é que ele possa ser adaptado para também albergar os interesses das vítimas, mediante uma abordagem reparadora. Necessário, portanto, compatibilizar as condições previstas em um acordo de não persecução penal com a finalidade da Lei 11.340/06, como, v.g, a permanência das medidas protetivas durante o cumprimento do ajuste, comparecimento em juízo para entrevista psicológica; não praticar novas agressões ou cometer outra infração penal; obrigação de reparar os danos.

Quem rechaça a possibilidade de acordos penais em violência doméstica sob o argumento de que são insuficientes para reprimir a conduta delitiva parece esquecer que o processo repressivo já se mostrou incapaz de tutelar adequadamente os interesses da mulher em situação de violência. A construção de acordos pautados pela perspectiva de gênero, caso bem operada, pode trazer uma solução adequada para determinados crimes envolvendo violência doméstica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. **A violência doméstica a partir do olhar das vítimas:** reflexões sobre a Lei Maria Penha em juízo. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017.

ANDRADE, F. S. **Justiça penal consensual:** controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2018.

ÁVILA, T. A. P (Org.). **Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero:** experiências e representações sociais. Brasília: ESMPU, 2014.

BARIN, C. R. **Violência Doméstica Contra a Mulher:** Programas de Intervenção com Agressores e sua Eficácia como Resposta Penal. Curitiba: Juruá, 2016.

BARROS, F. D. **Acordos criminais**. Leme: JH Mizuno, 2020.

BIZZOTTO, A; SILVA, D. F. S. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Dialética, 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de gestão para as alternativas**

penais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal À Luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CAMPOS, C. H. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. Florianópolis: **Estudos Feministas**, v. 11, n. 1, 2003.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP. **Pronunciamento final em Procedimento de Estudos** - Autos n.º 01/2017. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf. Acesso em: 09 set. 2020.

CUNHA, R. S.; et. al.. **Acordo de não persecução penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, V. S. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Devido processo, efetividade e garantias. Salvador: JusPodivm, 2019.

ESTEVES, C. R. Z. (Org.). **Estudo Comparativo Anotado:** Procedimento Investigatório Criminal. Resolução n.º 181/2017 CNMP. Curitiba: MPPR, 2017.

FERNANDES, A. S. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, V. D. S. **Lei Maria da Penha:** o Processo Penal no caminho da efetividade. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) 283f. São Paulo: USP, 2013.

GIACOMOLLI, N. J. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais:** Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GUINALZ, R. D. **Consenso no processo penal brasileiro.** São Paulo. Liber Ars, 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Atlas da Violência**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/. Acesso em: 01 dez. 2020.

LEITE, R. V. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, R. B. **Manual de processo penal:** volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENDES, S. R.; SOUZA, A C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, p. 1175-1208, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - MPSP. **Roteiro para o acordo de não persecução penal e a lei n. 13.964/19**. São Paulo: CAOCrim, 2020.

OLIVEIRA, R. S. **Consenso no processo penal:** uma alternativa para a crise do sistema penal. São Paulo: Almedina, 2015.

SCHMITT DE BEM, L.; MARTINELLI, J. P. **Acordo de não persecução penal.** Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2020.

STEIN, A. C. F. **Acordo de não persecução penal e presunção de inocência**. In: SCHMITT DE BEM, L.; MARTINELLI; J. P. Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2020.

SUXBERGER, A. H. G.; GOMES FILHO, D. F. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. Brasília: **Revista de Direito Internacional**, v. 13, n. 1, 2016.

VASCONCELLOS, V. G. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). 361f. Porto Alegre: PUCRS, 2014.