

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFAAT
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME HENRIQUE ALMEIDA MUNHOZ

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
UMA ANÁLISE SOBRE A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

ATIBAIA, SP

2020

GUILHERME HENRIQUE ALMEIDA MUNHOZ

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
UMA ANÁLISE SOBRE A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no curso de Direito do Centro Universitário UNIFAAT, sob a orientação do Prof. Me. Saulo Ramos Furquim.

ATIBAIA, SP

2020

GUILHERME HENRIQUE ALMEIDA MUNHOZ

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A JUSTIÇA
PENAL NEGOCIADA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no curso de Direito do Centro Universitário UNIFAAT, sob a orientação do Prof. Me. Saulo Ramos Furquim.

Aprovado em: 08 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Saulo Ramos Furquim (Orientador)

Centro Universitário UNIFAAT

Prof^a. Me. Gabriela Carolina Gomes Segarra

Centro Universitário UNIFAAT

RESUMO

Trata-se de Trabalho de Conclusão de Curso, com o fim de estudar o novel instituto do Acordo de Não Persecução Penal. Será trabalhado aspecto de sua aplicação em ordem prática, o que viabilizará entender melhor o Acordo e, por fim, possibilitando exercer crítica ao instituto. Tratar-se-á de forma crítica a necessidade da confissão e será feita análise dos destinatários do referido acordo. Por fim, se voltará de formar crítica a abertura de espaços de negociação no país, que se mostra uma tendência do legislador brasileiro. Para tanto, o presente trabalho se utilizará da metodologia, quanto a finalidade, básica essencial; quanto ao objetivo, a metodologia empregada será a descritiva, com abordagem qualitativa; método hipotético-dedutivo, por meio de procedimentos bibliográficos e documentais.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal; análise crítica; necessidade de confissão inconstitucional; modelo inquisitório persistente; beneficiários do acordo.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
ART	Artigo
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPP	Código de Processo Penal
FLS.	Folhas
G. NOSSO	Grifo nosso
MP	Ministério Público
P.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
V.G	<i>Verbi Gratia</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. ASPECTOS HISTÓRICOS	7
2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	13
2.1 INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	13
2.2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APLICABILIDADE	15
2.2.1 CONCEITO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	16
2.2.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	17
2.2.3 APLICAÇÃO PRÁTICA DO INSTITUTO	18
3. ANÁLISE	33
3.1 A IMPORTÂNCIA DO ANPP	33
3.2 CRÍTICA AO INSTITUTO DO ANPP	36
3.2.1 DA NECESSIDADE DE CONFISSÃO	36
3.2.2 QUEM SÃO BENEFICIÁRIOS DO ACORDO?.....	41
3.3 CRÍTICA AOS ESPAÇOS DE CONSENSO	46
4. CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal foi instituído no cenário jurídico brasileiro por meio da Resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público. Pela natureza da norma que o inseriu no sistema jurídico, foram levantados diversos questionamentos versando a sua constitucionalidade.

Instituições de classe, como a Associação dos Magistrados e a Ordem dos Advogados do Brasil, apresentaram ação direta de inconstitucionalidade, visando extirpar o instituto. Entretanto, ainda pendente o julgamento da constitucionalidade da resolução, o legislador brasileiro editou a Lei 13.904/2019, prevendo o instituto, portanto, afastando questões acerca da constitucionalidade do Instituto.

Aprovada a lei sob a bandeira anticrime, com o fim de recrudescimento das sanções impostas aos agentes que sofrerem contra si ações penais, e diante de vários pontos problemáticos, o Acordo de Não Persecução Penal é visto como um dos pontos positivos do projeto, por aqueles que possuem uma visão crítica da nova lei.

Decerto que, em um panorama, de fato o ANPP se apresenta como um dos pontos positivos, já que se trata de medida despenalizadora, ofertando aos indiciados, benefício que antes não fariam jus por meio dos já existentes, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Todavia, não por ser uma medida despenalizadora, não merece apontamentos críticos, pelo contrário. Como se verá no presente trabalho, o Acordo de Não Persecução Penal possui graves problemas, havendo, inclusive, inconstitucionalidade material, ao versar sobre a imposição de confissão ao agente, para se valer do Acordo.

Além disso, se verificará que o avanço dos espaços de negociação no país se mostra verdadeira medida problemática, que deverá ser enfrentada com cuidado pelo operador do direito, para que se evite que se instale no país um direito penal abusivo e autoritário, além do que já se apresenta.

Primeiro, será trabalhado aspectos históricos da justiça penal negociada no país. Após, se apresentará o instituto em estudo e suas aplicações, na prática. Então, por fim, se abordará de maneira crítica o Acordo de Não Persecução Penal, tratando sobre seu problema mais patente, a questão da imposição de confissão e quem poderá ser beneficiado pelo instituto. Por derradeiro, permitirá se fazer uma crítica à tendência de abertura dos espaços de negociação.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS

Recentemente, o sistema penal brasileiro tem sofrido transformações com o fim de implementar sistemas de solução consensual de conflitos, onde o acusado poderá transacionar com o órgão acusador, nos moldes do que ocorre há muito no sistema processual cível. Tal transformação decorre de uma busca por um sistema mais célere, desafogando, deste modo, o trabalho dos tribunais, bem como dos membros do Ministério Público.

Uma destas ferramentas recém acrescentada ao sistema jurídico brasileiro trata-se do Acordo de Não Persecução Penal, objeto de estudo do presente trabalho. Surgiu inicialmente no sistema jurídico brasileiro por meio de uma resolução editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público de número 181, alterada pela resolução de número 183 do mesmo Conselho¹. Recentemente, com previsão na Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019.

Todavia, tal instituto não se trata de inovação jurídica, pois, elaborado com base em legislações estrangeiras. Sendo assim, para o melhor deslinde e entendimento do presente trabalho, mister se faz a apresentação de aspectos históricos que levaram à aplicação do instituto do acordo de não persecução penal.

Neste passo, para a melhor compreensão, imprescindível distinguir os sistemas jurídicos existentes, *common law* e *civil law*. O sistema jurídico *common law*, aplicado em países como os Estados Unidos e Inglaterra, prevê uma justiça baseada em precedentes e jurisprudência firmada nos tribunais, assim como nos costumes. Diferentemente, o sistema *civil law* tem por base a aplicação da legislação, que servirá de fundamentação para a construção de decreto estatal condenatório ou absolutório.

Como se sabe, o sistema jurídico brasileiro é regido pelo *civil law*, onde a lei será o instrumento principal de trabalho dos integrantes do Poder Judiciário e dos operadores do direito. A formação do sistema jurídico brasileiro fora grande mente influenciada por legislações europeias, especificamente sobre o ramo do direito público penal, patente grande influência das legislações germânica e romana.

¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181 de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnpm.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em 03 setembro de 2020.

A grande característica deste sistema, consiste em positivizar o direito aplicado e estabelecer hierarquia entre as legislações. Deste modo, o maior grau hierárquico será o da Constituição Federal. No Brasil, a Carta Máxima estabeleceu que o Brasil será regido por um império da lei² ao fazer constar no texto a expressão Estado Democrático de Direito. Desta forma fica claro que o sistema jurídico brasileiro a ser adotado e aplicado no país será o *civil law*.

Entretanto, possível se observar que cada vez mais são importados mecanismos do sistema Norte Americano ao brasileiro, que objetivam possibilitar maiores espaços de negociação no sistema penal.

Há de ser observado que os meios de solução consensual de conflitos são aplicados no sistema criminal de outros países que adotam também o sistema *civil law*, como na Alemanha, o que não impede a aplicação e coexistência harmoniosa com os sistemas basilares outrora estabelecidos.

No Brasil, os primeiros mecanismos de justiça negociada foram inseridos por meio da Lei 9.099/95, que estabeleceu os Juizados Especiais Criminais. Para os crimes de menor potencial ofensivo³, fora previsto institutos como a transação penal, suspensão condicional do processo e a reparação civil.

A reparação civil, com previsão no artigo 74 da lei 9.099/95, permite às partes, vítima e acusado, que cheguem a um consenso acerca de uma indenização que melhor atenda os interesses da vítima, no lugar do prosseguimento com uma ação penal. Por essa razão, apenas é possível este acordo quando tratar-se de crime que dependa de representação.

² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”. BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2020.

³ Conforme dispõem a lei, os crimes de menor potencial ofensivo são crimes ou contravenções penais que não permitam cominação de pena máxima superior a 2 (dois) anos, com ou sem a incidência de multa, *in verbis*: “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)”. BRASIL. Lei Federal nº 9.099, de 26 de outubro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2020.

Sob este aspecto, vislumbra-se um cenário agradável a ambas as partes, já que o acusado fica livre de uma condenação criminal e de seus efeitos, pois, uma vez estabelecido este acordo, a vítima renuncia o direito de representação ou queixa contra o acusado, enquanto que a vítima obtém uma melhor resposta do sistema judiciário com vistas à reparação, encurtando o tempo de obtenção de um título exequível para a integral reparação dos danos sofridos.⁴

Por outro lado, a suspensão condicional do processo permite ao Ministério Público, no momento de propositura da ação, oferecer ao acusado a suspensão do processo, observados certos critérios como pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano⁵. Também chamado de sursis processual, se diferencia do sursis da pena. Este último será aplicado pelo juiz no momento da cominação da pena, além de ser permitida sua aplicação a penas cominadas até em 2 (dois) anos, além de outros critérios.⁶

Outro instituto, a transação penal, prevê a possibilidade de o órgão acusador propor a aplicação de penas restritivas de direito ou multa, dispensando o devido processo. A aceitação e consequente cumprimento das medidas propostas pelo Ministério Público implica em extinção da punibilidade.

Há de se observar que tal instituto constitui exceção ao princípio da obrigatoriedade da persecução penal, que impõem ao Ministério Público o dever de ajuizar ação penal. Nesse sentido:

⁴ “Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.”. BRASIL. Lei Federal nº 9.099, de 26 de outubro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2020.

⁵ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”. BRASIL. Lei Federal nº 9.099, de 26 de outubro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2020.

⁶ “Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade. § 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2020.

O princípio da obrigatoriedade, segundo o qual, conforme já exposto, o Ministério Público tem o dever legal de promover a persecução penal, não podendo empregar quaisquer critérios de conveniência ou oportunidade no exercício da ação, encontra-se, consoante a doutrina majoritária, vigente no sistema jurídico brasileiro. (CAMPOS, 2012)⁷

Entretanto, cada vez mais institutos têm relativizado tal regra do direito criminal. É o caso recente do acordo de não persecução penal. No capítulo de número três, este tema será melhor abordado. Por ora, apenas se dá prosseguimento à abordagem histórica.

Como se vê, mecanismos de justiça negociada já estão presentes no sistema jurídico brasileiro. Todavia, não bastaram para desafogar os tribunais, que acumulam cada vez mais altas cargas de processos pendentes de julgamento. Na tentativa de resolver o problema presente no país, mais mecanismos de justiça negociada têm avançado nas casas legislativas.

Como um desses mecanismos, o acordo de não persecução penal foi introduzido. Em que pese a casa legislativa brasileira avance no sentido de instituir uma justiça penal negociada cada vez mais, outros órgãos de poder têm assumido a posição de inovação no Brasil, tal como o Conselho Nacional do Ministério Público, que ao editar a resolução de número 181, de 2017, dispôs sobre um novo instituto.

À época, causou grande reboiço no cenário jurídico brasileiro, muito se tratando de sua constitucionalidade, pois, conforme disposição do art. 22, inciso I, da Constituição, compete à União, *in verbis*: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, **penal**, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;” (BRASIL, 1988. **g. nosso**)⁸

Como esperado, surgiram ações de controle de constitucionalidade questionando a validade e aplicabilidade da resolução, é o caso da ADI nº 5790 e ADI nº 5793, propostas, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁷ “CAMPOS, Eline dos Anjos. Obrigatoriedade da ação penal e Ministério Público. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-100/obrigatoriedade-da-acao-penal-e-ministerio-publico/>>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

⁸ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

O artigo objeto das ações impugnativas, seria o art. 18 da referida resolução, que dizia, *in verbis*:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, **o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal**, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não[...] (CNMP, 2017. **g. nosso**)⁹

Posteriormente alterada pela resolução nº 183, de janeiro de 2018, manteve a criação do referido instituto.

Relevantes fatos de ordem política não podem deixar de ser citados. Com a eleição de um novo governo do executivo federal em 2018, e a nomeação do Sr. Sérgio Fernando Moro ao cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública, movido por uma bandeira de combate à corrupção, desenhada pela operação Lava Jato da Polícia Federal, buscou implementar novos sistemas jurídicos.

Muitos os pontos que sofreram críticas de juristas e doutrinadores. Todavia, deixam de ser trabalhado os pontos criticados, pois, não constituem objeto do presente trabalho.

Em trâmite no parlamento, o referido projeto foi anexo à outra proposta, também de Ministro de Estado da Justiça, à época, e atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Excelentíssimo Senhor Doutor Alexandre de Moraes. Em debate no parlamento, fora acrescentado ao projeto a figura do juízo de garantias, que é de fundamental importância no sistema acusatório brasileiro.

Tendo sido regularmente debatido e aprovado o projeto, com consequente sanção Presidencial em 24 de dezembro de 2019, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro após período de *vacatio legis* de 30 (trinta) dias, sob o número Lei. 13.964, de 24 de janeiro de 2019.

Com a entrada em vigência da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o Acordo de Não Persecução Penal, passou, indiscutivelmente a ser integrado ao sistema penal brasileiro.

⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181 de 7 agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em 03 setembro de 2020.

Entretanto, para que sua aplicação decorra na forma da lei, mister a figura do juiz de garantias¹⁰, que também integra o rol de novidades legislativas da referida lei.

Deste modo, encerra-se a discussão sobre a constitucionalidade do citado instituto, e passa-se à discussão sobre sua aplicabilidade e peculiaridades.

No próximo capítulo, será abordado especificamente o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, tratando, para tanto, do seu conceito e sua aplicação prática, mencionando, quando for o caso, os efeitos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que visam impugnar sua validade, em todo ou em parte, sobre sua aplicação prática.

¹⁰ Nota do Autor: Ao tempo da redação deste trabalho de conclusão de curso e até sua apresentação, a implementação do juiz de garantias está suspensa por força de decisão do Excelentíssimo Sr. Dr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, exarada em decisão nos autos da ação ADI nº 6.299, de 22 de janeiro de 2020 e publicada no DJE nº 19 de 2020, na data 03 de fevereiro de 2020, às fls. 23.

2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como apresentado no capítulo anterior, o Acordo de Não Persecução Penal constitui verdadeira medida despenalizadora, que acrescenta no sistema penal brasileiro um importante instrumento com vistas a diminuir a imposição de sanção corporal.

Nesta senda, importante trazer à baila outros institutos para uma breve comparação e diferenciação, com o fim de estabelecer a correta e devida aplicação do novel instituto. Para tanto, aborda-se no tópico 2.1 a comparação do instituto em análise com a transação penal, que entende ser um mecanismo despenalizador mais próximo ao Acordo de Não Persecução Penal. Após, passa-se à análise do instituto em estudo propriamente dito.

2.1 INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O instituto da Transação Penal constitui importante meio despenalizador presente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que permite ao acusado valer-se de uma medida mais benéfica de que a sanção corporal, assim como o novel instituto de não persecução penal. Nos mesmos moldes, o Ministério Público e a parte, assistida por um advogado, chegam a um consenso a respeito das medidas que sejam consideradas razoáveis para o caso.

Ambos os institutos, preveem uma participação ativa do órgão oficial de acusação como figura central para a realização destes acordos, não poderia ser de forma diversa, já que o Ministério Público é o titular da ação penal pública¹¹, com a figura do juiz permanecendo em segundo plano. Entretanto, deve o acordo ser homologado por meio de decisão judicial.

Ainda nesta linha, pode-se comparar mais uma vez ambos os institutos já que são aplicáveis em etapa pré-processual, e cumpridas as medidas impostas, opera-se a extinção da punibilidade.

Embora haja semelhanças, não é possível confundir ambos os institutos. As comparações admitem-se apenas a título de curiosidades. As principais diferenças, residem nas

¹¹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”. BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

hipóteses em que permitem a aplicação de um instituto ou outro, já que se cabível a Transação Penal, esta deve preponderar sobre o acordo de não persecução penal, uma vez que mais benéfica.

Todavia, o instituto da não persecução penal garante ao acusado mais um espaço de despenalização, pois, outrora na hipótese de não permitida a aplicação da transação penal, enfrentaria um processo penal, podendo ao final ser fustigado com sanção corporal. Mesmo que se argumente ser possível ainda o Sursis processual, ou a conversão das penas restritivas de liberdade em penas restritivas de direito, mostra-se mais benéfico o instituto da transação ou o de não persecução penal sob o aspecto dos antecedentes do agente.

Outra diferença reside no fato da necessidade do acusado em confessar formalmente a prática do delito, para fazer jus às benesses do instituto do Acordo de Não persecução Penal. Ao apresentar esta obrigatoriedade¹², o legislador inovou de forma jamais vista no sistema jurídico brasileiro, que é pautado pelo princípio da inocência¹³.

Deste modo, difícil não recordar o instituto jurídico-americano *plea bargain*, que prevê a obrigatoriedade de confissão para que o agente seja beneficiado com suas benesses. Entretanto, não há que se falar em correlação entre ambos os institutos, pois, no primeiro há uma ampla liberdade de negociação e suas hipóteses cabíveis, enquanto que no segundo a negociação restringe-se a casos definidos em lei.

Como se vê, o sistema jurídico brasileiro tem, cada vez mais, buscado medidas de negociações na esfera do direito criminal, o que corresponde, também, a uma tendência mundial. Nesse sentido, o Acordo de Não Persecução Penal é mais um instituto despenalizador com o fim de diminuir o caos estabelecido no sistema carcerário brasileiro, já que evita a imposição de uma sanção corporal para crimes puníveis com pena mínima inferior a 4 (quatro)

¹² “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

anos. Vale dizer, também, que com a implantação de sistemas consensual de resolução de conflitos, busca a diminuição com a máquina pública e o encurtamento do tempo de espera para emissão de decreto judicial, seja absolutório ou condenatório.

2.2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APLICABILIDADE

Como tratado no tópico anterior, a razão para inserção do instituto do Acordo de Não Persecução Penal no sistema jurídico brasileiro, fora motivado pela pretensão do legislador de garantir a redução dos custos da máquina pública, a diminuição do interregno de tempo transcorrido desde a prática do ilícito até a prestação jurisdicional e a diminuição de processos em trâmite nos Tribunais. Sobre o assunto, Gabriel Santana Vasco Viana em artigo publicado no Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União:

Nesse passo, o Estado reconheceu que, ante o crescente número de processos – fator que possui relação diretamente proporcional ao aumento do volume de trabalho de magistrados, membros do Ministério Público e servidores envolvidos com a justiça criminal –, além da já mencionada falha do modelo ressocializador de reação ao delito, fazia- e necessária a implementação de medidas alternativas para possibilitar o descongestionamento da máquina estatal. (VIANA, 2019, p. 360)¹⁴

O Acordo de Não Persecução Penal, bem como outros meios de justiça negociada (transação penal e suspensão condicional do processo), são responsáveis por mudar a forma como o operador do direito encara o trato do cidadão e do estado punitivo. Tem-se por base, há muito no Brasil, que o sistema jurídico deve servir como um campo de batalhas, onde não é o local oportuno para buscar acordos, apenas conflito. Daí a cultura do litígio, tão presente na sociedade brasileira.

Inicialmente, o referido instituto em análise, foi inserido ao ordenamento jurídico brasileiro por força da resolução de número 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Como já tratado no ponto 1, de plano foi impugnado por meio de ADIs, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Associação dos Magistrados

¹⁴ VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-54-julho-dezembro-2019/plea-bargaining-a-brasileira-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-como-uma-medida-viavel-de-politica-criminal/at_download/file>. Acesso em 19 de setembro de 2020.

Brasileiros, sob o argumento de ser tal instituto ilegal, já resolução normativa editada pelo CNMP sobre matéria penal, acaba por infringir a competência exclusiva da União para legislar sobre tal matéria.

As ações propostas continuam *sub judice*, mas com a promulgação da Lei 13.964 de 2019, acredita-se ter perdido o objeto, portanto, não deverá ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2.1 CONCEITO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Neste ponto, para melhor compreender o instituto em estudo, importante buscar sua conceituação doutrinária. A doutrina entende que o Acordo de Não Persecução Penal tem natureza de negócio jurídico extrajudicial, uma vez que, como o próprio nome já evidencia, trata-se um acordo a ser celebrado entre o acusado e o órgão oficial de acusação.

Ainda nesse sentido, leva o nome de extrajudicial, deve ser celebrado em momento anterior à propositura de ação judicial. Aqui, importante ressaltar, que há entendimento de que os processos judiciais em curso não obstam o oferecimento de acordo ao réu, quando as condições estiverem preenchidas, trata-se do princípio da retroatividade expresso na Carta Magna e no Código Penal. Não se pode deixar de citar, ainda, que há entendimento diverso, que sustenta não ser possível o oferecimento de acordo, já que o referido instituto é processual, não atingido pelo princípio da retroatividade penal.

Sendo assim, o juiz de garantias homologará o acordo efetuado entre as partes, devendo antes, observar se encontram-se preenchidos os requisitos autorizadores, e se as obrigações ali impostas são suficientes para garantir uma resposta estatal robusta ao delito praticado.

Neste sentido, inteligente argumentação de Renato Brasileiro de Lima:

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o Parquet de

promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida. (LIMA, 2018, p. 196)¹⁵

Por tratar-se de novel instituto, o conceito ainda está em construção, todavia, entende ser a conceituação de Renato Brasileiro a melhor delineada ao momento.

Apresentado o conceito em apertada síntese, passa à análise do aparente conflito entre a obrigatoriedade da propositura da ação penal e o Acordo de Não Persecução Penal.

2.2.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Um das maiores discussões acerca da aplicabilidade do instituto, refere-se especificamente sobre a mitigação do princípio da obrigatoriedade da persecução penal e seu aparente conflito com o Acordo de Não Persecução Penal.

O princípio da obrigatoriedade da persecução penal, embora não previsto expressamente na legislação brasileira, entende-se sagrado no artigo 24 do Código de Processo Penal. Entende-se por esse princípio, não que o acusador público está impedido de exercer juízo de valor sobre o caso concreto, analisando se cabível ou não a propositura, mas sim que, deve observar se estão presentes indícios mínimos que levem a crer ter ocorrido infração à lei, para então proceder a devida acusação formal.

Importante diferenciar o princípio da legalidade e da obrigatoriedade, pois, embora sejam aparentemente distintos, comumente são tratados como idênticos pela doutrina. Sendo assim, o princípio da legalidade refere-se ao dever legal do funcionário público de pautar suas ações estritamente pela lei. A confusão que se faz, compara-se o dever de o funcionário público em pautar suas ações pela lei com a imposição de o acusador público em sempre denunciar, havendo indícios mínimos.

Uma parte da doutrina entende por mais correto chamar o princípio da obrigatoriedade por princípio da oportunidade, pois, este sim traduz a real intenção do instituto, uma vez que permite ao membro do Ministério Público verificar se existe interesse público na ação.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

Tal ideia ainda é debatida pela doutrina com grande intensidade, e mesmo sendo amplamente discutida, há vasta fragmentação de ideias apresentadas pelos doutrinadores, o que dificulta a melhor interpretação que, ao final, deve prevalecer.

Neste trabalho, entende-se como a melhor posição, a adotada por Goldshmidt, citado por Vinícius Vasconcellos, que diz:

Em síntese, Goldshmidt aponta que segundo o princípio da legalidade, “em todos os casos em que há um fato punível a persecução penal deve ser obrigatória” e, por outro lado, conforme o princípio da oportunidade, “há que se tomar em conta também considerações de oportunidade, especialmente o interesse público” (GOLDSHMIDT *apud* VASCONCELLOS, 2020, p. 38-39)¹⁶

Por outro lado, evidente que o Acordo de Não Persecução Penal constitui exceção ao princípio da obrigatoriedade, uma vez que sua aplicação impede a propositura de ação penal. Desta forma, garante ao acusado maior dignidade e respeito às suas garantias constitucionais, tendo em vista que não contará em registro, ou mesmo poderá contar como reincidência. Aqui, argumenta-se ainda que não pode constituir, nem mesmo, maus antecedentes – analisados na primeira fase da dosimetria – uma vez que não foi acusado formalmente e, ao final de um devido processo legal, condenado e já encoberto pelo período depurador. Entendemos que tal postura figura evidente desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Verificado, em apertada síntese, que o instituto do Acordo de Não Persecução Penal constitui exceção ao princípio da obrigatoriedade, com previsão legal no artigo 24, do CPP, passa-se à análise da aplicação prática do referido instituto.

2.2.3 APLICAÇÃO PRÁTICA DO INSTITUTO

Como tratado anteriormente, o surgimento do Acordo de Não Persecução Penal resultará em uma transformação no cenário jurídico brasileiro, onde cada vez mais será possível observar a mudança da cultura de litígio enxerta na sociedade.

Dá a importância de se analisar a aplicação prática do novel instituto e seus reflexos. Importante destacar, que a análise que se procederá pode, e certamente sofrerá, mutação diante

¹⁶ GOLDSHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: Goldshmidt, James; Quiroga, Jacobo (ed.). Derecho, derecho penal y proceso. Madrid: Macial Pons, 2010. p. 782 *apud* VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed., 2 reimp., Belo Horizonte, São Paulo: D'PLÁCIDO, 2020.

da interpretação dos Tribunais. Por se tratar de instituto novo, não fora capaz de se observar um delinear da jurisprudência e do pronunciamento dos Tribunais. Sendo assim, para a construção deste ponto, fora de grande valia os ensinamentos da professora Patrícia Vanzolini.¹⁷

Será tratado nesse tópico, além da aplicação prática do referido instituto em estudo, questionamentos acerca da legislação, que se mostra omissiva, em certos pontos, e muito ampla em outros aspectos.

i. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO

Os requisitos autorizadores encontram-se expressos no artigo 28-A da do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei 13.964/2019, nos seus termos, *in verbis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (BRASIL, 2019)¹⁸

Como se extrai do *caput* do art. 28-A, em primeiro momento, o órgão de acusação deverá analisar se é caso de arquivamento do processo, ocasião em que deverá ser arquivado.

Aqui, observa-se o cuidado do legislador em coibir eventuais abusos que possam surgir em decorrência do novel instituto.

O primeiro requisito, trata-se da confissão formal da prática do ilícito pelo acusado. Aqui se estabelece um dos grandes dilemas acerca da aplicação prática do instituto, pois, a legislação não determina o momento em que deva ocorrer a confissão, se na fase inquisitorial, se na fase anterior à propositura da ação no gabinete do promotor responsável.

Ademais, outra dúvida que se estabelece ocorre na hipótese de, em formalizada a confissão, e descumprido o acordo, ou ainda, deixando o Ministério Público de propor o acordo,

¹⁷ VANZOLINI, Patrícia. Acordo de não persecução penal. YouTube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=09w0UcxNRSA>>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

poderá ser considerada uma prova válida a confissão realizada? Entende-se que, formalizada a confissão pelo acusado, não poderá servir para outros fins, senão para a formalização do Acordo de Não Persecução Penal. Nesse sentido, artigo escrito por Ali Mazloum e Amir Mazloum:

Impende ressaltar que o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador. (MAZLOUM e MAZLOUM, 2020)¹⁹

Os outros requisitos autorizativos tratam especificamente sobre a pena em abstrato e a gravidade do delito. Nos termos do art. 28-A, para que o acusado faça jus ao instituto, não poderá o crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça e sua pena mínima em abstrato, não poderá ser igual ou superior a 4 (quatro) anos.

Sobre a exigência de não ter sido o crime cometido com violência ou grave ameaça, importante questionar se aplicável tal instituto quando violência for de menor potencial ofensivo, v.g. tendo o agente praticado dois crimes de menor potencial ofensivo (lesão leve e ameaça), que somadas suas penas bases não sejam iguais ou superiores a 4 (quatro) anos, não sendo cabível, portanto, a transação penal, poderia ser oferecido o Acordo de Não Persecução Penal? Sobre o assunto, entendimento que nos parece ser o melhor aplicável:

Somente os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não à coisa, são excluídos pela lei. Assim, por exemplo, o roubo, o estupro e o homicídio doloso. Já os delitos cometidos com violência à coisa (v.g., furto qualificado com rompimento de obstáculo ou destruição da coisa) são passíveis do acordo. Temos também que os crimes culposos admitem-no, visto que a violência não é intencional (v.g., lesões corporais culposas). Idem, aqueles em que a ameaça ou a violência constituem o próprio delito (v.g., crime de ameaça). (QUEIROZ, 2020)²⁰

Acerca da pena, importante tecer algumas observações sobre seu cômputo. Na hipótese de haverem causas de aumento e diminuição da pena, estas devem ser levadas em consideração

¹⁹ MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

²⁰ QUEIROZ, Paulo. Acordo de não persecução penal – Lei nº 13.964/2019. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

no momento do cálculo da pena mínima a ser observada. Sobre o assunto, a legislação houve por ter esclarecido, *in verbis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (BRASIL, 2019)²¹

Em que pese a legislação tenha previsto que devem ser levadas em conta as causas de diminuição e aumento no momento da aferição da pena mínima, com o fim de se determinar se o acordo é cabível ou não, deixou de prever como se dará a soma e as frações aplicadas ao caso. Sobre o tema, cremos ser correto o entendimento de Aury Lopes Jr., que entende ser adequada a fixação da fração que menos aumente a pena, quando se tratar de causa de aumento, e a aplicação da fração que mais diminua, quando se tratar de causa de diminuição, fazendo analogia ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Nas suas palavras, *ipsis litteris*:

[...] Cremos, entretanto, que deve-se ser levado em conta o direcionamento proposto pela Súmula 723 do STF que afirma: “não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”. Tal direcionamento deverá ser levado em conta por analogia também ao instituto do ANPP. **Desse modo, para se saber se o investigado tem direito ao ANPP quando o crime tiver causa de aumento ou de diminuição variável, leva-se em conta: na causa de aumento, a fração que menos aumentar a pena mínima e na causa de diminuição, a fração que mais diminuir.** O enunciado 29 do CNPG (Conselho Nacional de Procuradores Gerais) e GNCCRIM (Grupo nacional de coordenadores de centro de apoio criminal) dispõe que “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723,

²¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal”.
(LOPES JR; JOSITA. 2020. **g. nosso**)²²

Todavia, sobre a hipótese de concurso de crimes, a lei não trouxe disposição para regulamentar sua aplicação. Acreditamos que o caminho mais adequado para a hipótese, será a soma das penas cominadas, tal como ocorre nos institutos da Transação Penal e do Sursis Processual.

Outra dúvida que surge, e que aqui se faz pertinente levantar, refere-se às tratativas deste acordo. Em primeiro momento, dá-se a ideia de que o acordo deverá ser celebrado entre o acusado, com seu defensor, e o Ministério Público, no gabinete de seu membro. Observando-se, ainda o estabelecido no art. 18, §2º da resolução 181 editada pelo CNMP, as tratativas deverão ser registradas por meios ou recursos de gravação audiovisual²³. Conhecidas as estruturas dos órgãos, forçoso acreditar que dificilmente todas as tratativas se darão no gabinete do ente ministerial, principalmente nas comarcas de entrâncias iniciais, onde as condições são, reconhecidamente, menos favoráveis.

Acreditamos que muitas tratativas deixarão de ser realizadas nos gabinetes dos procuradores, e serão realizadas por manifestações ministeriais nos autos já em curso nos sistemas próprios de cada Tribunal.

ii. IMPEDITIVOS PARA APLICAÇÃO

Observados os requisitos para sua aplicação, mister delimitar as hipóteses em que, mesmo preenchidos os requisitos autorizadores, a lei impede a formação do acordo de não

²² LOPES JR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

²³ “Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...] § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.” BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181 de 7 agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em 03 setembro de 2020.

persecução penal. Tais hipóteses encontram-se delineadas no art. 28-A, §2º, em seus incisos de I ao IV, e nos seus termos, determinam que, *in verbis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 2019)²⁴

Como se vê, o inciso I proíbe diretamente ao Ministério Público que se valha de uma medida menos benéfica ao acusado, se outra lhe for mais favorável. É o caso da Transação Penal, que muito embora seja semelhante ao Acordo de Não persecução penal, se mostra mais benéfica ao acusado.

O inciso II, trata, por sua vez, de aspectos objetivos do indivíduo, ao proibir que seja ofertado ao acusado o acordo nas hipóteses de reincidência, ou quando o crime for praticado de maneira habitual ou profissional. Aqui, todavia, mostra-se problemático o conceito de conduta profissional, tendo em vista que o órgão acusador poderá se valer de critérios arbitrários para negar a benesse. Há de se esclarecer que ao utilizar a expressão profissional no texto de lei, não quis fazer referência ao indivíduo que, em razão da profissão, comete o crime ou tem facilitada

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

sua prática, mas decidiu por reprimir agente que se utiliza de meios criminosos para sustento, v.g, indivíduo que desenvolve técnica para furtar aparelho celular sem que a vítima perceba.

Por outro lado, o inciso III estabelece limites temporais impeditivos ao agente, qual seja de 5 (cinco) anos, com o fim de garantir uma resposta estatal robusta àquele indivíduo que uma vez já tenha gozado da benesse presente no Acordo de Não Persecução Penal ou de outros institutos despenalizadores e não demonstre terem sua eficácia suficientemente atingida, que não seja novamente agraciado com sua medida despenalizadora. Observa-se, portanto, o cuidado do legislador, no sentido de demonstrar à sociedade que o agente reincidente será punido ao rigor da lei, enquanto que aqueles que mostrarem uma resposta positiva à medida, qual seja a de não reincidir em novos delitos, lhe será ofertada uma chance.

Por derradeiro, decidiu o legislador prever a não aplicabilidade do instituto em crimes cometidos em âmbito de violência contra a mulher. Observe-se que o conceito expresso se mostra mais amplo, até mesmo, do que aqueles previstos na Lei Maria da Penha. Aqui se mostra correta a vedação, uma vez que tal crime merece rigor em sua aplicação, conforme o entendimento dos Tribunais Superiores. Nesse sentido, vale lembrar que recentemente o Superior Tribunal de Justiça editou súmula²⁵ no sentido de vedar a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Sendo assim, se mostra, tal inciso, na linha dos entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores.

iii. DAS CONDIÇÕES A SEREM CUMPRIDAS

Ultrapassadas as etapas anteriores e sendo aplicável o instituto, trata-se se direito subjetivo do acusado a oferta do Acordo de Não Persecução Penal. Uma vez proposto, certas condições devem ser estabelecidas. A legislação estabeleceu critérios mínimos dosadores que servirão de baliza, tanto ao representante do *parquet*, quanto ao acusado e seu defensor, para aplicabilidade do instituto em estudo.

²⁵ “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. (Súmula 588, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 588. Brasília, 2017. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

Sendo assim, neste tópico, serão apresentadas as hipóteses balizadoras presentes na legislação. Por óbvio que, com o tempo, os Tribunais se pronunciarão sobre o assunto e delinearão critérios mais claros onde se mostre ser omissa a legislação, talvez em uma tentativa de não engessar o representante do órgão acusador oficial, no momento de estabelecer as cláusulas do acordo com o acusado e seu defensor.

Sendo assim, nos termos da legislação, os critérios mínimos estão previstos no artigo 28-A, incisos do I ao V e são, *in verbis*:

Art. 28-A. [...]

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019)²⁶

O inciso I, apresenta uma obrigação a ser imposta ao acusado, quando possível. Trata-se da reparação do dano causado à vítima, quando cabível, *v.g.* a restituição de um veículo furtado, ou sua indenização. Evidente que, se tratando de bem infungível, a impossibilidade de restituir ou reparar dano causado inviabilizaria o acordo. Entretanto, em sendo firmado o acordo sem a fixação desta obrigação, com posterior formação de título executivo judicial, não obsta que vítima busque reparação, na seara cível, dos danos suportados. Para tanto, poderá apenas

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

apurar o *quantum* da indenização em procedimento próprio de liquidação de sentença. É o que entendemos.

A hipótese do inciso II, revela-se a mais polêmica, por sua generalidade, o que permite ao *parquet* impor medidas descabidas, com o fim de obstar sua aceitação, ou uma vez aceito, seu efetivo cumprimento. Nesta posição, mostra-se de grande relevo a figura do defensor em assistir seu patrocinado, uma vez que somente a figura do defensor, agindo de forma incisiva, poderá coibir eventuais abusos que possam ser praticados pelo Ministério Público. Desta forma, o defensor trabalhará com o fim de demonstrar e de delimitar quais os bens e direitos são frutos do crime, para que somente estes sejam objeto de tratativas do ente ministerial, quando da propositura do acordo. Neste sentido, inviável entendimento de que a recusa se dê sobre outros bens ou direitos.

Por sua vez, o inciso III se mostra de bom grado. Sua redação trouxe critérios objetivos e claros sobre sua aplicação. Estabeleceu limites certos, de modo que o acusado possui meios para conhecer, desde antes a oferta do acordo, a sanção que deverá ser prestada. Aqui, deve ser elogiada a postura do legislador. De bom alvitre mencionar que, nem mesmo a transação penal, possui critérios tão claros sobre este assunto.

Do mesmo modo, o inciso IV, que mais uma vez traz em seu bojo, critérios claros, que permite ao investigado, aferição da sanção a qual será submetido, antes do oferecimento do acordo.

Em outro sentido, a disposição do inciso V, que permite ao representante do Ministério Público uma discricionariedade e subjetividade tamanha. Aqui, por certo, o legislador entendeu de bom grado permitir uma abertura, com o fim de subsidiar o acordo, já que na hipótese de fixados apenas critérios objetivos, não haveria por se falar em acordo.

Todavia, há o cuidado de prestigiar o princípio da proporcionalidade, que deve ser a luz guia dos operadores do direito. Deste modo, na hipótese de proposta teratológica, que inviabilize o acordo ou seu cumprimento, entendemos ser possível, também, remessa ao órgão superior do Ministério Público, para que seja submetido à revisão de outros membros, uma vez que as imposições de medidas descabidas, na prática, configuram uma recusa ao acordo.

Importante recordar, que por se tratar de acordo, o acusado, por meio de seu defensor, e o Ministério Público, deverão dialogar no sentido de construir uma ponte que possa ser

transponível, a ponte do consenso. Sendo assim, estabelecer obrigações que extrapolem o princípio da proporcionalidade, se revela afronta ao direito básico do cidadão e à sua dignidade.

Ainda neste tópico, mister observar que, no presente momento, as disposições dos incisos III e IV foram questionados em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 6305, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Argumenta, especificamente sobre os incisos III e IV, que são inconstitucionais, uma vez que entendem que a indicação do local de cumprimento cabe ao Ministério Público, não ao juiz da execução. A liminar foi indeferida pelo Excelentíssimo Senhor Doutor Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luz Fux, todavia, a ação permanece pendente de julgamento.

iv. FORMALIZAÇÃO DO ACORDO

A legislação estabelece as formalidades a serem seguidas para a formalização do acordo. Não há muito a se questionar na forma como disposto em lei, pois, conforme §3º, do artigo 28-A, do CPP, *in verbis*, “O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor”.

Como se vê, as tratativas deverão ser reduzidas a termo e submetidas ao crivo do juiz de garantias, que será o responsável pela homologação deste acordo. Entretanto, a dúvida que surge, é no sentido prático. A primeiro, porque o juiz de garantias está suspenso por força de decisão proferida nos autos da ADI 6.299, conforme tratado retro; a segundo, em razão da redação, o entendimento que se firma é de que as negociações deverão ocorrer no gabinete do representante do *parquet*, entretanto, por falta de recursos humanos para atender a demanda que venha a surgir, tendo em vista que versa sobre direito subjetivo do investigado, mostra-se impraticável, à primeira vista.

Deste modo, a suspensão do juízo de garantias não poderá obstar exercício de direito adquirido do acusado, assim, ante a suspensão da implementação do juízo de garantias, tal direito deverá ser exercido perante o juiz natural do processo, até o deslinde final da ADI em curso.

Quanto à segunda tratativa, não há, por hora, solução. Somente a prática forense revelará a saída adequada em cada promotoria, diante da diversidade de problemas enfrentados em diferentes lugares do país. Conforme tratado em tópico anterior, acreditamos que as tratativas

de acordo se darão por meio dos sistemas próprios de cada Tribunal, alterando-se oralidade – que se entende prestigiada pelo parágrafo em estudo e por disposição da resolução 181 de 2017, editada pelo CNMP – pela escrita.

v. DO PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO

Finda a fase de formalização, segue-se para homologação. Nesta fase, resta ao juiz analisar se os critérios intrínsecos e extrínsecos encontram-se presentes e decidir sobre sua homologação ou não. Ainda poderá realizar juízo de valor sobre o conteúdo ali disposto entre as partes, podendo, inclusive, ordenar que se amplie as condições impostas ao investigado, conforme dispõe artigo 28-A, §§ 4º, 5º, 7º e 8º, do CPP, *in verbis*:

28-A [...]

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. [...]

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

Nos termos do §4º, o juiz de garantias deverá designar audiência para oitiva do investigado onde se fara presente o acusado, seu defensor e o representante do Ministério Público. Ali o juiz tentará aferir a voluntariedade do acusado em aceitar o acordo. Sendo assim se diferencia mais uma vez o Acordo de Não Persecução Penal da Transação Penal, já que esta última, como se sabe, é ofertada, e sua homologação ocorre, em audiência una.

Mostra-se polêmico o §5º já que determina ao juiz que ao considerar inadequada, insuficiente ou abusiva as condições do Acordo, devolverá ao Ministério Público para a

reformulação da proposta que deverá contar com a concordância do investigado e seu defensor. Tal dispositivo foi questionado na ADI 6305 que argumenta ser inconstitucional aludida medida.

A polêmica estabelecida sobre este parágrafo, refere-se a uma questão que melhor será tratada no capítulo 3. Todavia, de plano, se adianta que por se tratar de um Acordo, que deve ser construído pelo Ministério Público com o Acusado, não poderia o judiciário se pronunciar acerca dos termos do acordo, caso entenda insuficientes as medidas. Estabelece-se uma confusão entre os institutos do sistema acusatório e inquisitório.

O §7º trata da recusa do juiz em homologar o acordo. Nos termos dispostos poderá fazê-lo quando as condições determinadas por força do §5º não forem cumpridas ou sanadas as irregularidades.

Por sua vez o §8º dispõem sobre o que poderá fazer o Ministério Público, após a recusa da homologação pelo juiz. Conforme o disposto, cabe retomar as investigações, com fim de complementá-las ou oferecer denúncia. Todavia, entendendo não ser este o melhor deslinde para o *case*, poderá, o representante do Ministério Público ou o investigado, por meio de seu defensor, interpor Recurso em Sentido Estrito, nos termos do disposto no artigo 581, inciso XXV, do Código de Processo Penal²⁷.

Aqui, mais uma vez cumpre informar, que foram impugnados os §§ 5º, 7º e 8º na ADI 6305, no entanto, foram indeferidas as medidas cautelares para suspender de imediato sua validade. Pendente, entretanto, julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade.

vi. EXECUÇÃO DO ACORDO

Regularmente homologado o acordo, deve o ente ministerial proceder o regular início dos termos acordados. Deverá, portanto, obedecer ao que dispõe o §6º do artigo 28-A, que nos seus termos, determina, *in verbis*:

²⁷ “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...] XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

Como visto, o §6º determina que homologado o acordo o título executivo judicial será devolvido ao titular da ação penal para regular prosseguimento da execução penal.

Observe-se que, aqui o juiz que homologa não determina remessa dos autos diretamente ao juiz da execução, cabendo apenas à figura do juiz de garantias a homologação do acordo. Caberá, por tanto, ao Ministério Público o protocolo do acordo no juiz da execução para seja dado efetivo cumprimento aos termos acordados.

vii. HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DO ACORDO

Em descumprido o acordo, dispõem o artigo 28, §10, do CPP, que, *in verbis*:

28-A [...]

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

Como se observa, descumprida qualquer condição, deve o *parquet* comunicar, de imediato ao juízo, para fins de rescisão do acordo. Todavia, paira uma dúvida, a qual juízo comunicar, o juízo de garantias ou o juízo da execução? Entendemos ser adequada a comunicação do juízo da execução.

Ademais, por força da leitura do dispositivo, aparentemente, basta mera comunicação para que o título seja desfeito. Todavia, vale lembrar que por força do disposto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, mister seja concedida a oportunidade de defesa, por meio da qual o acusado comprovará o cumprimento, ou ainda, um impeditivo capaz de elidir sua culpa, afastando-se assim, arbitrariedades.

viii. EFEITOS DO CUMPRIMENTO DO ACORDO

Cumprido o acordo, terá o acusado direito ver-se livre da persecução penal, uma vez que seu cumprimento acarreta extinção da punibilidade, *in verbis*:

28-A[...]

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

Além disso, outra benesse que fará jus, refere-se às suas certidões criminais, que não poderão constar o acordo cumprido, excetuada a hipótese para verificação de outros acordos, com o fim de obstar novo oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal antes do período depurador. Entendemos ainda, que não poderá ser considerado, nem mesmo como maus antecedentes, nos termos do positivado no artigo 28-A, §12.

ix. DA RECUSA DE OFERECIMENTO DO ACORDO

Por derradeiro, apresenta-se a recusa e sua atual problemática ante os efeitos ocasionados por força de decisão cautelar exarado nos autos da ADI 6305.

Ocorrendo recusa de oferecimento do acordo pelo Ministério Público, o investigado poderá recorrer à superior instância hierárquica dentro do órgão oficial de acusação, é o que dispõe o artigo 28-A, §14, *in verbis*:

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

Ocorre, entretanto, que a validade da disposição do artigo 28 do CPP, com sua nova redação, encontra-se suspensa até julgamento da ADI 6305. Deste modo, resta dúvida

insanável, como procederá a remessa dos autos para órgão de revisão na forma do artigo 28, que se encontra suspenso? Por entender que a suspensão não poderá obstar exercício de direito garantido, reforçamos a tese de que o meio adequado poderá ser via mandado de segurança, uma vez preenchidos todos os requisitos e mostrando-se sem amparo legal a justificativa apresentada pelo representante do órgão oficial de acusação.

Deste modo, entendido que apresentados os principais pontos do Acordo de Não Persecução Penal e dirimidas algumas poucas dúvidas, encerra-se este capítulo de número 2. No próximo capítulo, será tecida uma breve análise, com olhar crítico sobre o Acordo em estudo, além de criticar a tendência de ampliação dos espaços de livre disposição e negociação em matéria criminal.

3. ANÁLISE

Feitas as considerações e expostas as peculiaridades do novel instituto, mister uma análise sobre os seus possíveis impactos. Neste capítulo, será realizada uma análise crítica acerca da necessidade de confissão, para que o investigado possa se valer do acordo, bem como dos critérios restritivos que podem, eventualmente, obstar o acesso a este instituto despenalizador a uma classe em detrimento de outras.

Além desta análise, após, se permitirá tecer comentários críticos sobre a abertura de espaços de consenso no cenário jurídico brasileiro, o que poderá impactar e transformar a justiça brasileira da forma como se conhece. Para tanto, será apontado o instituto *plea bargain*, que aparenta ser um dos próximos passos legislativos no sentido de abertura dos espaços negociais no país.

Entretanto, antes de passar a criticar o instituto, forçoso reconhecer a importância do tema em estudo, já que se apresenta como uma nova medida despenalizadora. É o que se passa a fazer doravante.

3.1 A IMPORTÂNCIA DO ANPP

Ao se observar o cenário jurídico brasileiro, não podemos deixar de ressaltar a importância de institutos despenalizadores. No país, fato recorrente é o clamor público por aumento das reprimendas corporais.

O Acordo de Não Persecução Penal, e tantos outros institutos, trabalham na contramão dos anseios do clamor popular, uma vez que buscam diminuir as sanções corporais por outras de caráter muito mais pedagógico.

Daí se extrai a primeira e grande contribuição do referido acordo, ora em estudo. O ANPP, confere dignidade ao acusado ao substituir a sanção corporal por outra, como pagamento de valor pecuniário em favor de uma instituição indicada pelo *parquet*, ou ainda a prestação de serviços à comunidade, entre outras medidas.

Ao deixar de aplicar pena privativa de liberdade, além de conferir a oportunidade ao indivíduo de repensar suas ações em sociedade, o Estado deixa de gastar na manutenção de presos de menor periculosidade, poupando recursos já tão escassos.

Não bastasse, o Acordo de Não Persecução Penal se mostra importante em um plano de fundo, ao moldar a forma de pensar punição do agente público. Há tempos, a mentalidade construída nas academias e na vida prática do operador do direito, levam a buscar formas conflituosas de resolver as diferenças que surgem durante a convivência em sociedade, transferindo ao Agente Estado a responsabilidade por dizer o direito. Conforme se nota, cada vez mais, os tribunais são inundados de ações, reflexo da forma de pensar dos operadores do direito.

Ciente da situação, o legislador se vê obrigado a buscar soluções que garantam a celeridade do processo judicial. Recentemente, um novo código de processo civil entrou em vigor, nele o legislador brasileiro expressa a preferência pela forma consensual de resolução de conflitos, em detrimento da imposição jurisdicional.

Na seara criminal, se observa a mesma mentalidade do legislador, que busca cada vez mais, instituir espaços de negociação na justiça criminal. Fruto desta vontade, o ANPP permite ao titular da ação penal, que ofereça uma medida diversa da persecução penal, com eventual repreensão corporal, um acordo, onde o agente que se declara culpado cumprirá os termos do acordo e ao final se verá livre de uma acusação formal e sem mácula em sua ficha criminal.

Não há dúvida de que, para além do impacto que o ANPP como medida despenalizadora trará, sua maior contribuição reside na mudança de pensamento que se efetuará nos operadores do direito.

Além disso, não pode deixar de ser mencionada a questão de diminuição de custos e na morosidade do processo penal, sendo estas uma das fundamentações basilares²⁸ que levaram ao

²⁸ Conforme se verifica no corpo de exposições de motivos da resolução: “[...] **Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;** Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desfogando os estabelecimentos prisionais, RESOLVE, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, expedir a seguinte RESOLUÇÃO” BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181 de 7 agosto de 2017. Dispõe sobre

Conselho Nacional do Ministério Público a editar a resolução 181 de 2017. Sendo este o argumento de maior peso desprendido por seus defensores.

Como mencionado, o acordo estabelecido em seu nascedouro, diminui consideravelmente os custos da ação penal ao Estado, uma vez que menos recursos serão despendidos com o fim de movimentar e armazenar grandes volumes de processos, no caso dos tribunais que não contam com a digitalização completa de seu acervo, e no recurso gasto para guardar em nuvem e permitir a interoperabilidade e funcionamento dos sistemas, naqueles que atuam de forma digital.

Além disso, o acordo contribui para diminuição do tempo de conclusão dos processos criminais, tendo em vista, que os serventuários e auxiliares da justiça deixarão de praticar atos fundamentais para o deslinde da ação, como a simples citação do acusado, que se revela muitas vezes problemática e infrutífera, sendo indispensável a citação por edital ou ainda a intimação das testemunhas e do próprio acusado para comparecerem ao ato de instrução. Note-se que a falta de citação ou a morosidade na prática de atos, são responsáveis pela prescrição intercorrente, não incomum no Brasil. Sobre o assunto, importante lembrar a lei 13.964/2019, trouxe importantes modificações acerca do tema, que não são objetos de estudo do presente trabalho.

Ainda, os magistrados deixarão de se debruçar sobre causas de pequeno relevo criminal, permitindo uma dedicação a causas de alta complexidade.²⁹

De modo que o Acordo de Não Persecução Penal, se mostra importante em várias frentes, permitindo a diminuição de custos, de tempo dos processos criminais, na imputação de sanção diversa da reprimenda corporal e ainda na mudança de paradigma sobre as formas de sanções criminais.

instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em 03 setembro de 2020.

²⁹ Nota do Autor: Importante deixar anotado que o autor do texto não entende o argumento de economia processual e de gastos, bem como de celeridade processual, como positivo. Entretanto, com o objetivo de produzir um trabalho acadêmico mais afastado de suas posições pessoais, acredita ser necessário apresentar contrapontos e os ideais de variados pontos de vista. Justamente para criticar o assunto, reserva-se exclusivamente o espaço dos pontos 3.2 e 3.3, que seguem.

Todavia, embora reconhecida suas importâncias, mister se analisar as implicações que poderão se refletir de modo negativo no cenário jurídico brasileiro, em especial, sobre as pessoas que poderão ser beneficiadas com a novel medida despenalizadora.

3.2 CRÍTICA AO INSTITUTO DO ANPP

Feitas as justas considerações acerca da importância do novo instituto, não se pode deixar de levantar observações críticas, que se fazem necessárias com o fim de contribuir na construção de um instituto mais justo e prestativo à política criminal.

Observações acerca de aspectos polêmicos e que deverão ser enfrentados pelos operadores do direito, na prática, e ainda pelos tribunais, são necessárias, tais como a necessidade de confissão formal e circunstanciada.

3.2.1 DA NECESSIDADE DE CONFISSÃO

Como trabalhado no capítulo anterior, a lei 13.964 de 2019, em sua redação das disposições do Acordo de Não Persecução Penal, determina que se faz necessária a confissão (art. 28-A, *caput*, do CPP), para que o agente goze dos seus benefícios. Esta se mostra a mais polêmica, e certamente, a maior das problemáticas existentes no novo instituto.

A priori, estabelece-se que a imposição de confissão, se mostra inconstitucional, já que afronta o direito de não autoincriminação, sendo violada a legislação pátria e ao Pacto de São José da Costa Rica, que entrou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678, de 1992³⁰.

Em preferindo abster-se de confessar um crime, não poderia, o autor do fato, ser impedido de beneficiar-se com um direito. De outra banda, estaria se regressando ao sistema inquisitivo.

³⁰ “ARTIGO 8. Garantias Judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e”. BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

Ademais, importante se observar que a confissão no direito penal brasileiro, possui valor relativo de prova, valendo apenas no caso de devida comprovação e escoramento em outras provas produzidas no processo.

Ao se admitir a confissão como meio único e justo de incriminação, revela-se flagrante inobservância aos sistemas de garantias do acusado, estabelecidos outrora. Revela-se um verdadeiro regresso ao sistema inquisitivo, há muito abandonado.

A necessidade de confissão, poderá gerar no Brasil, um problema conhecido em outros países que adotaram sistemas parecidos, onde a confissão se impõe. Trata-se da coação moral, ou sob forma de tortura, com o objetivo de se obter uma prova oral do acusado.

Observa-se no sistema americano do *plea bargain* as medidas de coerção exercidas pelo poder judiciário e as punições que se revelam quando o acusado prefere o julgamento com júri popular, de que aceitar o acordo proposto pelo órgão acusador.

São exemplos desses casos, os citados na obra de Vinicius Gomes de Vasconcellos, *Barganha e Justiça Criminal Negocial, ipsis litteris*:

Em *Bordenkircher v. Hayes* (julgado em 1978), a Suprema Corte confirmou a admissibilidade de uma barganha realizada nas seguintes condições: o réu era acusado de emitir um cheque falsificado, mas por ser reincidente estava sendo processado com base na lei que autoriza o aprisionamento perpétuo para tais situações (situação frisada coativamente pelo acusador no momento da negociação); assim, o promotor ofereceu proposta de acordo com sanção penal de cinco anos em uma previsão legal de mínimo dois e máximo dez anos, diante disso, o acusado rejeitou a barganha, exercendo seu direito ao julgamento, em que, no final, foi condenado à prisão perpétua; interposto o recurso a punição atribuída em razão da não realização do acordo foi declarada constitucional. Ou seja, a Suprema Corte fomentou um sistema de justiça bizarro, em que o crime de emitir cheque falso no valor de U\$\$ 88 representa uma sanção penal de cinco anos enquanto o “crime” de exercer o direito ao julgamento é punido com prisão perpétua. (VASCONCELLOS. 2020, p.162)³¹

Por óbvio que o instituto em estudo neste trabalho, refere-se ao acordo de não persecução penal, que se difere do instituto americano *plea bargain*. Todavia, exemplos como os citados por Vasconcellos não se distanciam em muito do que poderá vir a ocorrer no sistema

³¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2ª ed., 2 reimp., Belo Horizonte, São Paulo: D'PLÁCIDO, 2020

judiciário brasileiro, basta observar relatos de acusados que realizaram o acordo de delação premiada. São relatos que muito se assemelham a estes. Além disso, se mostram pertinentes, uma vez que o Brasil, cada vez mais, tem permitido uma abertura de espaços de consenso na seara criminal.

De outro lado, mas ainda sobre este assunto, não se pode olvidar que no Brasil, mesmo após a carta constitucional de 1988, relatos de violência policial e de tortura, são comuns, não sendo levadas a cabo as denúncias das agressões, na maior parte dos acontecimentos, pelos agentes que sofrem tal ilicitude, por medo de represálias. Muitas vezes, o objetivo das práticas nefastas por agentes de segurança pública se dão com o fim de alcançar solução aos inquéritos abertos de forma mais ágil, obtendo a indicação da forma de execução do crime, partícipes, objetos entre outros.

Neste sentido, pertinente a crítica feita por Vasconcellos sobre a necessidade de confissão para que se obtenha um benefício, sob pena de constituir a sentença em imposição mais gravosa ao acusado, *ipsis litteris*:

Assim, o argumento de que ninguém é obrigado a se auto incriminar em razão de direito de não produzir prova contra si mesmo, torna-se letra-morta se há a promessa de uma premiação com redução da sanção penal e, a *contrario sensus*, um agravamento na situação de quem não o fizer. Portanto o requisito da voluntariedade na aceitação da barganha é falacioso, pois o funcionamento dos mecanismos se dá por ameaça, que causa a impossibilidade de qualquer escolha livre de defesa, atestando problemática que, por certo, intensifica-se diante do panorama de desigualdade social brasileiro, o qual já é permeado por insuficiências na assistência jurídica penal. (VASCONCELLOS. 2020, p. 164)³²

Deste modo, os problemas que emergem da obrigatoriedade da confissão são sua evidente inconstitucionalidade, por ferir a Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); a pressão moral que se estabelece sobre o acusado, que o leva a confessar o crime, do qual possa ser inocente, por receio de uma medida; o que nos leva ao próximo problema: o alto risco de imposição de uma medida mais gravosa do que se teria, na hipótese de aceitação de acordo.

³² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed., 2 reimp., Belo Horizonte, São Paulo: D'PLÁCIDO, 2020

Não se pode deixar de mencionar, no entanto, que há posicionamento doutrinário que defende a não violação da Carta constitucional, ou de qualquer outro instituto legislativo, a imposição de confissão. É a posição defendida por Rogério Sanches, que entende não violar a legislação, uma vez que não há admissão de culpa.³³

Superadas as discussões de ordem legal, há de ressaltar, também, as questões de ordem prática, ainda sobre a necessidade ou obrigatoriedade da confissão. O professor Evinis Talon³⁴, em uma discussão acerca do tema, levanta questionamentos pertinentes, os quais serão reproduzidos doravante.

Conforme ensinamentos do professor Evinis Talon, a exigência de confissão na ordem prática, se mostra conflituosa com o próprio instituto, uma vez que para firmar o Acordo de Não Persecução Penal, que ocorre antes da fase processual, importante lembrar, não discute o mérito, o que ocorreria na fase processual, apenas. Sendo assim, se questiona a utilidade da confissão prestada, para a elaboração do acordo.

Importante repisar, que a confissão prestada não poderá valer como prova contra o próprio agente acusado, em caso de descumprimento do acordo ou ainda em outros processos judiciais de ordem criminal. Ademais, levando em consideração que o *parquet* imporá ao acusado a necessidade de reparação do dano à vítima, se mostra sem utilidade a confissão prestada perante o representante do poder persecutório estatal.

Desta forma, a necessidade de confissão se mostra, para além de inconstitucional abusiva, pois, requer do agente perseguido uma imposição que se mostra sem utilidade de ordem prática, tornando-se apenas um empecilho ao direito do acusado de se valer da medida despenalizadora.

Para além desta análise, outro ponto se observa, que trata, mais uma vez de questão de ordem prática. Recordando que o Supremo Tribunal Federal suspendeu a implementação do Juiz das Garantias³⁵, um problema emergente é a questão da confissão.

Conforme redação do texto legal que criou o juízo de garantias, este órgão ficaria responsável pela fase pré-processual, cabendo-lhe a homologação do referido acordo. Ocorre

³³ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019. Salvador: Editora JusPodivim, 2020.

³⁴ TALON, Evinis. Acordo de não persecução penal: a exigência da confissão. *YouTube*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fhHRQAuXc4w>>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

³⁵ Decisão proferida nos autos da ação ADI nº 6.299.

que com a suspensão, o juiz natural da causa, além de homologar o acordo, julgará o caso, na hipótese de descumprimento.

De modo que a garantia legal, de separação dos juízos, se mostra sem força. Assim, o juiz que recebendo a confissão e homologando, manterá em íntimo a confissão do acusado, de forma que em eventual persecução penal, tenderá por condenar o acusado por força da confissão que ouviu na fase pré-processual.

Ainda sobre este tema, o professor Alexandre Morais de Rosa, em conjunto com os autores Giovani Frazão e Camilin Marcie de Poli, verificam a problemática estabelecida no sistema penal brasileiro pela inserção de um instituto do sistema acusatório no sistema inquisitório, persistente no Brasil³⁶.

Como se sabe, formalizado o Acordo de Não persecução Penal, será apresentado pelas partes ao juízo, em uma audiência, onde o juiz deverá verificar a vontade livre do agente em formalizar o acordo. Além disso, pode o juiz analisar as cláusulas e toda a sua extensão, podendo ordenar ao Ministério Público que amplie as prestações ao acusado, caso as considere insuficientes.

Esta intervenção do juiz se mostra problemática, já que em se tratando acordo, não poderia ao órgão jurisdicional ordenar a alteração das cláusulas, podendo apenas recusar a sua homologação.

Sendo assim, a análise material do conteúdo do acordo demonstra, nas palavras dos autores citados acima, a persistência da mentalidade inquisitorial no sistema jurídico brasileiro, onde o juiz ocupa a função de acusação, intervindo no mérito do acordo.

De fato, a falta de distanciamento do juiz em relação à acusação se mostra uma grave problemática no país, permanecendo o problema mesmo com a criação do juízo de garantias, que se encontra suspenso e com destinação incerta.

Ainda mais uma vez, nas palavras do professor Evinis Talon, se problematiza a confissão, estabelecendo um panorama onde o juiz de garantias se encontra funcional em sua

³⁶ ROSA, Alexandre Morais; VILLA, Giovani Frazão Della; POLI, Camilin Marcie de. Anticrime, ANPP e mentalidade inquisitória. *Spotify*. Disponível em: <<https://open.spotify.com/episode/2SlmspleoYCQMbPL70y0vs>>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

totalidade. Dize o professor que, ainda que esteja presente a figura do juiz de garantias, a confissão poderá aparecer de modo implícito no processo.

Por força da lei 13.964 de 2019, os autos da fase pré-processual e sua fase judicial, devem ser separadas, onde o juiz da instrução não terá acesso ao procedimento anterior. Possibilitaria, na teoria, uma equidistância do juiz da instrução, da fase anterior ao recebimento da denúncia. Desta forma, o juiz das garantias atuará na fase pré-processual e o juiz da instrução, na sua fase judicial, havendo separação das fases. Tal incremento se mostra louvável, sem dúvidas, já que garante uma maior lisura e correição dos julgamentos.

Todavia, ocorrendo a notícia de que o Ministério Público oferece a denúncia, em decorrência da falta de cumprimento dos termos do Acordo de Não Persecução Penal, por conseguinte, em um raciocínio lógico, o magistrado da instrução entenderá que o acusado confessou o crime, tendendo a condená-lo.

São situações de verdadeiro relevo e que merecem reflexão, uma vez que a confissão se mostra inconstitucional e ainda desnecessária para a construção do acordo, e em havendo a confissão, sua consequência se mostra perigosa ao indivíduo que venha a descumprir os termos impostos, não por ordem legal, já que há a vedação de se utilizar tal confissão para embasar uma condenação, mas em aspectos subjetivos do julgador, que tenderá a condenar, diante da ciência de confissão do crime em fase anterior.

Por todo o exposto, resta evidente que a obrigatoriedade de confissão deveria ser extirpada. Com esse objetivo, importante fazer constar que a ABRACRIM busca perante o Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade deste desvio, por meio da ADI 6304. Até a finalização deste trabalho não houve julgamento da ação.

Feitas estas considerações acerca da inconstitucional necessidade da confissão e seus problemas práticos, mister um pensamento crítico da destinação do instituto, ou seja, quem se beneficiará. É o que se passa a tratar no próximo tópico.

3.2.2 QUEM SÃO BENEFICIÁRIOS DO ACORDO?

Com o fim de melhor desenvolver este tópico, forçoso tratar do panorama de crimes praticados no Brasil. Como se sabe, os crimes reiteradamente praticados no país consistem em

três capitulações jurídicas, são elas: art. 155, art. 157, ambos do Código Penal e o crime do art. 33, da lei 11.343/06 – Lei de Drogas, dos quais, este último é o preponderante. É o que mostra o relatório mais recente produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional, por meio dos relatórios produzidos pelo Infopen³⁷.

Destes crimes, em teoria, não seria beneficiado o agente que pratica o crime de roubo, por obviamente envolver violência, e sua pena mínima, em abstrato, extrapolar a pena mínima cominada abaixo de 4 anos – requisito do ANPP.

Além disso, aquele agente que pratica o delito de tráfico de drogas, em teoria não poderá se valer do benefício. Isto porque a pena mínima cominada em abstrato para o delito do *caput* do art. 33, é de 5 (cinco) anos.

Poderia valer-se dos benefícios do Acordo de Não Persecução Penal, apenas na hipótese de ser sua pena diminuída em razão do parágrafo 4º, hipótese de reconhecimento do tráfico privilegiado.

Como trabalhado no capítulo 2, ao se definir a pena em abstrato, para que se observe se o agente faz jus ao acordo, deverão ser levadas em conta as causas de aumento e diminuição da pena. Desta forma, aplicando-se a fração máxima de 2/3 (dois terços) na diminuição do delito, evidentemente o acusado faria jus ao instituto.

Entretanto, não se acredita que o representante do *parquet* tenderá por oferecer o acordo de não persecução penal a aqueles que façam jus. Isso porque, por muitas as vezes, o Ministério Público denuncia o acusado almejando ver o agente condenado nas disposições do *caput* do artigo, ou seja, se a mentalidade do representante do poder estatal não mudar para buscar punições justas aos indiciados, dificilmente se verá o Acordo de Não Persecução Penal ser aplicado para os delitos de tráfico de drogas.

Importante observar que o Ministério Público tende a argumentar na linha de constituir o tráfico de drogas crime equiparado a hediondo, não merecendo, os que incorrem neste delito, outra punição, senão a rigorosa fustigação de sanção de pena corporal.

³⁷ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional: Relatórios do Infopen. Junho, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>>. Acesso em 30 de outubro de 2020.

Sobre esse assunto, importante recordar que o Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar a qualidade de crime equiparado a hediondo para o crime de tráfico privilegiado, atribuindo natureza de crime comum³⁸.

No Estado de São Paulo, esta ânsia por condenações de rigorosas proporções se estende, e ficam declaradamente expressas, por pronunciamentos do poder judiciário. Por vezes, não é incomum verificar em acórdãos a expressão de julgadores relatores o desejo por aumentar as punições e a aplicação de regimes de cumprimento da pena mais severa para esta imputação, baseando suas argumentações no perigo abstrato à saúde pública.

Não é o objeto deste trabalho dissertar sobre o assunto, no entanto, se faz necessárias as observações, para que o leitor saiba o que acontece no âmbito dos tribunais, para além do discurso acadêmico, pois, a aplicação do instituto se fará exatamente neste ambiente, nada amigável ao acusado e absurdamente incriminador, com posições pré-concebidas pelos representantes do Estado, onde se mostra inócua a previsão constitucional do estado de inocência.

Sendo assim, observe-se que na hipótese do representante do *parquet* entenda, de início, a capitulação do crime de tráfico, na modalidade do *caput*, ocorrerá o percurso regular do processo, seguindo para o oferecimento da denúncia e posterior condenação.

Se, tendo o agente confessado e ao final o Estado Juiz entender que é caso de tráfico privilegiado, condenando o agente nesta disposição, resta a dúvida se o acusado perdeu a oportunidade de se valer do Acordo, ou poderá ter proposto o acordo, mesmo após no curso do processo judicial. Nosso entendimento é de que, ainda nesta oportunidade, sobrevindo aplicação de instituto do privilégio por parte do judiciário, resta o direito de ser oferecido o acordo ao acusado, na hipótese de não oferecimento na etapa pré-processual, já que se trata de direito público subjetivo do acusado.

Feitas estas considerações, e ciente de que dificilmente os acusados pelo crime de tráfico de drogas poderão se valer do instituto, restando apenas aqueles que praticaram furto simples, resta a dúvida dos destinatários do novel instituto.

³⁸ Tese firmada no HC nº 118.533, em 23 de junho de 2016.

A maior parte da população carcerária não se beneficiará do acordo, já que praticaram as imputações de roubo ou tráfico de drogas, sendo responsável pela maior parte da população carcerária no país.

Difícil deixar de reconhecer a seletividade do direito penal, quando um instituto novo parece ser voltado a favorecer uma pequena gama de crimes, em especial, deixando de favorecer a classe mais marginalizada, que reconhecidamente pratica crimes da natureza conhecida e bem definida. A seletividade fica mais difícil de ser afastada, quando este instituto é soerguido por uma bandeira de anticrime, com nítido caráter de recrudescimento das sanções penais.

Sobre o assunto, importante lembrar a lição de Zaffaroni acerca da seletividade do direito penal:

A única maneira de legitimar o poder punitivo reconhecendo a sua seletividade – quer passando por cima dela, quer subestimando-a – é apelando ao valor meramente simbólico da pena e à sua consequente funcionalidade como prevenção geral positiva, pois esta pode ser cumprida, ainda que a pena opere em um número muito reduzido de casos e até em nenhum, em relação a certos delitos. Por conseguinte, não é de se estranhar que a doutrina pré-moderna tenha elaborado este argumento. Embora costumem ser mostrados como tais, o valor simbólico da pena e a prevenção geral positiva não resultam de desenvolvimentos modernos e contemporâneos, e menos ainda pós-modernos. Na verdade, as teses atuais a esse respeito representam uma volta aos discursos sustentados no século XVI. Seu expositor mais claro foi ninguém menos que Jean Bodin, que, juntamente com Hobbes, é um dos fundadores do conceito de soberania. (ZAFFARONI, *apud* VIANA. 2019, p. 28)³⁹

Desta forma, resta evidente que a finalidade do Acordo de Não Persecução Penal não é a de beneficiar aqueles que são reconhecidamente marginalizados pela sociedade. Ainda sobre este assunto, importante observação feita por Vianna, *ipsis litteris*:

Desse modo, vê-se, não dificilmente, que, em uma análise essencialmente histórica, o Direito Penal é marcado por sua seletividade, de modo a querer responsabilizar, preferivelmente, setores mais oprimidos e marginalizados da sociedade. Em que pese a tentativa de se instrumentalizar, de maneira mais sólida, a ideia da justiça penal

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 81, *apud* VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-54-julho-dezembro-2019/plea-bargaining-a-brasileira-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-como-uma-medida-viavel-de-politica-criminal/at_download/file>. Acesso em 19 de setembro de 2020.

negociada no Brasil, sobretudo por meio da implementação do acordo de não persecução penal, seu campo de aplicação não se distancia da ideia de seletividade do Direito Penal e da ideia de etiquetamento existente na maioria dos ordenamentos jurídicos. É certo que a ideia da Justiça Penal Negociada (notadamente após o advento da Lei n. 9.099/1995) surgiu para aprimorar o aparato estatal³⁶, tornando-o mais célere, consensual e regido pela informalidade e pela economia na sucessão dos atos processuais. Contudo, será que classes economicamente mais fortes e setores da alta sociedade sentirão os mesmos impactos do advento do acordo tanto quanto a classe historicamente mais oprimida e marginalizada sofrerá? (VIANNA. 2019, p. 29-30)⁴⁰

Portanto, respondendo ao questionamento levantado, o Acordo de Não Persecução Penal não é destinado aos criminosos de pequeno relevo, mas aqueles que praticam crimes que verdadeiramente lesam os cofres públicos. Criminosos que agem na clandestinidade, sendo penosa a descoberta de seus delitos, e quando descobertos, gozarão de um benefício não disponível a quem deveria ser favorecido com este direito.

Sobre o assunto, o Ministério Público Federal publicou dados que revelam a destinação e aplicação do instituto. Quando de sua elaboração, em 24 de janeiro de 2020, haviam celebrado pouco mais de mil acordos⁴¹.

A maioria disparada de acordos celebrados tratavam de crimes contra a administração pública, os três primeiros são Contrabando ou Descaminho, uso de documentos falsos e falsidade ideológica, contando com 322 (trezentos de vinte e dois) acordos, 188 (cento e oitenta e oito) acordos e 66 (sessenta e seis) acordos, respectivamente.

Resguardadas as devidas proporções de atuação de cada órgão, estaduais e federais, e sua atuação no delito de tráfico de drogas, apenas para efeitos de comparação, o delito de tráfico de drogas e afins, consta com 1 (um) acordo celebrado.

⁴⁰ VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-54-julho-dezembro-2019/plea-bargaining-a-brasileira-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-como-uma-medida-viavel-de-politica-criminal/at_download/file>. Acesso em 19 de setembro de 2020.

⁴¹ BRASIL. Ministério Público Federal. ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.” Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2020, p. 10.

Por derradeiro, importante repisar que as críticas se mostram necessárias com o fim de construir uma política de justiça criminal justa, que recupere o agente infrator, sendo um desses meios justamente a política de criação de sistemas despenalizadores.

A ideia de um instituto que oportuna ao agente transgressor uma chance de repensar seus atos, impondo-lhe sanções diversas da reprimenda corporal e sem que isso lhe custe inscrições em sua ficha criminal, objetiva a construção de um sistema de justiça restaurativo.

Além disso, almejar pela garantia de instituto penal, deve ser um anseio social, já que todos os cidadãos estão sujeitos a serem incriminados e sofrerem contra si um processo criminal. Somente por bases garantistas, o processo criminal constituirá em seu bojo uma sociedade mais justa, isso se constrói com respeito às bases e princípios constitucionais, não longe destes e sob a execução de processos sumários de condenação.

Daí, surgem as críticas a abertura de espaços de consenso no procedimento criminal brasileiro, conforme defendido por Vinicius Vasconcellos, onde o fomento por processos criminais sumários são, de tal forma violentos, que se abandonam as bases constitucionais, em nome da celeridade e economicidade processual. É o que trará o próximo tópico.

3.3 CRÍTICA AOS ESPAÇOS DE CONSENSO

Como se observa, o sistema criminal brasileiro tem permitido abertura de espaços de consenso, começando pelos institutos da lei 9.099/95, que difundiram no país a transação penal e sursis processual, após e mais recente o Acordo de Não Persecução Penal. Não se deixando de esquecer da colaboração premiada e da justiça restaurativa, esta última sem legislação específica, mas sendo aplicada no âmbito de alguns tribunais.

Não se pode olvidar que no projeto da lei 13.964/19, fazia constar uma proposta de *plea bargain*, instituto este que permite a transação ampla em órgão acusador e acusado, permitindo, inclusive, a imposição de pena corporal.

Este instituto confere ao Ministério Público amplos poderes, causando vários problemas de amplas ordens. A crítica mais comum a este instituto se faz no campo da coação moral, que o acusado sofre, para que efetive o acordo proposto pelo *parquet*.

Sobre o assunto, Vinicius Vasconcellos faz amplo estudo, sustentando de forma admirável a sua tese. Após, no arremate de sua dissertação, trabalha de forma crítica a ampliação dos espaços de consenso no direito penal.

De forma sucinta, é o que se fará aqui.

A ampliação de espaços de consenso se torna problemática na medida em que concede ao ente público uma extensa oportunidade de negociação com o acusado. Além da evidente disparidade de armas, tendo em vista que o Ministério Público conta com o auxílio de vários organismos voltados para o seu auxílio, contando com inúmeros sistemas inteligentes e com recursos humanos que, de longe destoam do acusado e seu defensor, a ampliação destes espaços se mostra perigosa.

O perigo reside na coação moral que o acusado enfrentará, pois, corre o risco de ter sua punição majorada pelo judiciário se vier a rejeitar o acordo proposto. Claramente, isso destoam da ordem jurídica almejada pelo constituinte de 1988, que conheceu os abusos perpetrados pelo Estado.

Aí se revela outra grande problemática, o corrompimento das instituições democráticas e da ordem legal. Com o fim de satisfazer o anseio por punições rápidas e “efetivas” (trata-se da ideia de punição de alta monta, desproporcional ao delito), poderá gerar no país uma conivência dos poderes para a manutenção das ilegalidades.

O cenário, por certo, parece assustador. Não é para menos. Ao se permitir amplos espaços de acordo no âmbito penal, ocorre uma permissão tácita para abusos e regresso ao período medieval, travestido de democracia, estabelecendo-se um tribunal de inquisição fora dos palácios do judiciário, mas sob a mão pesada e punitiva do Estado.

A figura do juiz, neste tribunal inquisitivo, torna-se meramente ilustrativa, já que servirá para dar a chancela de legalidade por meio da homologação.

Segundo Vasconcellos, a principal tática para se ampliar os espaços de consenso se dá por meio da alegação simplória de economia processual, o que, no seu fim, acarreta diminuição dos direitos do acusado, em suas palavras, *ipsis litteris*:

Por certo, o que necessariamente deve ser criticado é a relativização de direitos fundamentais do acusado a partir da distorção da função primordial do processo penal

como limite do poder punitivo. Ou seja, rechaça-se a consolidação do império da economia processual pautado por uma tirania da urgência e da aceleração, que, em regra, implemente-se a partir de “operação de marketing” que propõe a flexibilização e a funcionalidade frente a morosidade judicial. E, nesse sentido, inegavelmente a ideia de eficiência integra o lastro teórico primordial da sumarização de descritos, inclusive como ensejador de um “*fast food* jurisdicional” [...] (VASCONCELLOS, 2020, p.153-154)⁴²

Por suas palavras, Vasconcelos traduz muito bem o cenário de fundo responsável pela ampliação dos espaços de consenso. Sua ferrenha crítica, se estabelece em contraponto ao argumento de celeridade processual e redução de custos.

Em que pese a vontade do legislador e dos membros dos poderes em diminuir a carga de trabalho e dar vazão à carga de processo, utilizando-se, para tanto, a barganha ou o acordo, se mostra inócua.

A resolução de problemas criminais não se encontra em dar vazão e diminuir custos do estado, mas sim em programas sociais, por meio do qual o poder público previne que haja o ingresso na criminalidade. Para aqueles que se encontram enxertos, deve haver políticas de estado, com o objetivo de reintegrar o agente na sociedade.

De outro modo, se instituirá no país, nas palavras de Vasconcellos, um “*fast food* jurisdicional”. Importante lembrar que a função do estado é a de intervenção mínima, e a do Direito Penal, de última instância.

O que se verifica, no entanto, é o contrário, intervenção máxima e políticas de aprisionamento, levando a inverter a ordem e colocando o direito penal como primeira solução. Surge daí o abarrotamento de processos dos tribunais, e o encarceramento em massa, esgotando a infraestrutura e o erário com crimes de baixa importância penal.

Urgente e necessária uma mudança de paradigma no Brasil, com o fim de combater atos de autoritarismo e de desrespeito às garantias fundamentais. A eficiência criminal não se atinge com barganhas, mas com seriedade de políticas públicas de integração.

⁴² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed., 2 reimp., Belo Horizonte, São Paulo: D'PLÁCIDO, 2020.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou de forma sucinta, o instituto do Acordo de Não Persecução Penal. Trabalhando aspectos históricos antecedentes, sua aplicação de ordem prática e, por final, se permitiu criticar o novo instituto, com o objetivo de contribuir para uma melhor aplicação e construção de soluções.

Em termos gerais, foi objeto de estudo, a história, no Brasil, de institutos que versam sobre a chamada Justiça negociada, apresentando os institutos presentes na lei 9.099/95 (transação penal, suspensão condicional do processo e a reparação civil), breve resumo da tramitação do projeto de lei que culminou na criação do Acordo de Não Persecução Penal.

Verificou-se que a aplicação prática do instituto se mostra, ainda, incerta, já que o legislador deixou algumas lacunas, e para além das questões legais, nota-se problemas de ordem prática, que só serão devidamente resolvidos após vasto pronunciamento dos Tribunais Superiores, em especial após a apreciação e julgamento das ações que questionam a legislação.

Sobre a ordem prática, algumas questões foram trabalhadas, com o fim de colaborar para a melhor aplicação do instituto. Acerca da aplicação prática do Acordo de Não Persecução, que invariavelmente se mostra necessária uma mudança de paradigmas dos operadores do direito.

Não há que se questionar, que para o acusado, ressalvadas as críticas, constitui grande oportunidade de deixar de ser perseguido pelo poder estatal, evitando-lhe desgaste e, no fim, condenação com possível imposição de sanção corporal. Os defensores deverão se atentar para que não permitam excessos, buscando sempre um melhor resultado.

Por outro lado, os agentes públicos devem se distanciar de tendências autoritárias, e buscar distanciamento de falácias que tratam os institutos de negociação apenas meios de implantar penas de forma célere, ao se afastar do devido processo, que é, por sua natureza, moroso.

Não se pode olvidar que apenas garantindo ao acusado meios de defesa, se construirá um estado mais justo. Longe que afirmações rasas que consideram a morosidade a causa da falta de punibilidade. Se mostram temerosos e arriscado os discursos que se desenham no cenário social brasileiro, que objetivam a diminuição de garantias, legais e constitucionais, apenas em nome de uma rápida punição.

Surgem daí a amplificação dos espaços de barganha no direito criminal, que por sua natureza, não deveria comportar uma vasta gama de acordos. No Brasil, tal situação se mostra especialmente delicada, pela falta de estrutura e pela tendência inquisitiva que permanece no ordenamento pátrio.

Sem sombra de dúvidas, medidas despenalizadoras se mostram um importante caminho a ser trilhado, objetivando a diminuição de punição aos criminosos de pequeno relevo no cenário social. Mostra-se mais relevante ainda, a implementação de políticas públicas que objetivem a recuperação dos agentes delinquentes.

Mostra-se inocente a argumentação rasa de que se justificam institutos de barganha apenas pela celeridade e economicidade processual. Longe disto está o direito. As garantias fundamentais constituem a base do Estado Democrático de Direito.

Como demonstrado, sobre o ANPP, a necessidade de confissão é ilegal, pois, fere a Constituição Federal e norma de direito público internacional, internalizada pelo Brasil com natureza de norma supralegal. Não bastasse, a necessidade de confissão esbarra em critérios de ordem funcional, necessário relembrar que em havendo descumprimento do acordo, o juiz da instrução, inevitavelmente, saberá que em fase antecedente, ocorreu confissão do delito. O que poderá levar o magistrado tender pela condenação.

Ainda sobre o assunto, mister mencionar que o juiz das garantias, a quem competiria a homologação do acordo, encontra-se suspenso. Deste modo, o juiz que ouve a confissão, será o mesmo que julgará o acusado, em caso de descumprimento das medidas impostas. Outra problemática reside na permissão do Estado Juiz interferir nas disposições do acordo celebrado entre acusado e o Ministério Público. Além de verificar eventuais abusos em audiência, o juiz poderá ordenar ao *parquet* que amplie as sanções.

Ora, se o Ministério Público, titular da ação penal, entende ser suficiente as medidas impostas, o acusado e seu defensor aceitam, não deveria poder o judiciário opinar sobre o mérito do acordo, de outro modo, não se tem um acordo, mas sim uma prestação jurisdicional em um procedimento inovador.

Sendo assim, forçoso concluir que o Acordo de Não Persecução Penal apresenta desafios ao sistema jurídico brasileiro, devendo operar uma mudança de visão do operador do direito acerca do processo criminal. Além disso, mostra uma tendência do legislador brasileiro

em apresentar novas formas de solução de conflitos, observadas na lei 9.099/95, seguindo pela colaboração premiada e, recentemente, o novel instituto.

Por fim, em que pese a importância de institutos despenalizadores, deve ser observada a necessidade de fortalecimento das instituições brasileiras e da Carta Constitucional, visando a ampliação de garantias fundamentais, e não a extirpação destes direitos. A celeridade processual não se confunde com uma justa e eficiente prestação jurisdicional, esta sim, deve ser a pedra de toque no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181 de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em 03 setembro de 2020.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional: Relatórios do Infopen. Junho, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>>. Acesso em 30 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 9.099, de 26 de outubro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.” Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2020, p. 10.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 588. Brasília, 2017. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

CAMPOS, Eline dos Anjos. Obrigatoriedade da ação penal e Ministério Público. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-100/obrigatoriedade-da-acao-penal-e-ministerio-publico/>>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019. Salvador: Editora JusPodivim, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivim, 2018.

LOPES JR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

QUEIROZ, Paulo. Acordo de não persecução penal – Lei nº 13.964/2019. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

ROSA, Alexandre Moraes; VILLA, Giovani Frazão Della; POLI, Camilin Marcie de. Anticrime, ANPP e mentalidade inquisitória. Spotify. Disponível em: <<https://open.spotify.com/episode/2SlmspleoYCQMbPL70y0vs>>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

SOUZA, Rene Ó. A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública. Ministério Público do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+%C3%93+Souza.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. UniCEUB. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4097>>. Acesso em 22 de agosto de 2020.

TALON, Evinis. Acordo de não persecução penal: a exigência da confissão. YouTube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fhHRQAuXc4w>>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

VANZOLINI, Patrícia. Acordo de não persecução penal. YouTube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=09w0UcxNRSA>>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed., 2 reimp., Belo Horizonte, São Paulo: D'PLÁCIDO, 2020

VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-54-julho-dezembro-2019/plea-bargaining-a-brasileira-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-como-uma-medida-viavel-de-politica-criminal/at_download/file>. Acesso em 19 de setembro de 2020.