

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANNA LUIZA SILVA DE PAULA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS E A
SUA RELEVÂNCIA NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA CONSENSUAL**

NATAL/RN

2020

ANNA LUIZA SILVA DE PAULA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS E A
SUA RELEVÂNCIA NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA CONSENSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito final para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Msc. Luiz Felipe Pinheiro Neto.

NATAL/RN

2020

CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO – BIBLIOTECA UNI-RN
SETOR DE PROCESSOS TÉCNICOS

Sobrenome, Nome do autor. (Ordem inversa – Sobrenome, Nome)

Título do trabalho: subtítulo (se houver) / Nome do autor em ordem direta.

Cidade, ano.

XX f. (numeração total de folhas)

Orientador: (titulação e nome do orientador em ordem direta)

Natureza do trabalho (Descrição do Curso) – Dados da Instituição.

1. Assunto – Natureza do trabalho. 2. Assunto – Natureza do trabalho. 3. Assunto – Natureza do trabalho. 4. Assunto – Natureza do trabalho. 5. Assunto – Natureza do trabalho. I. Nome do orientador (colocar o nome em ordem inversa – Sobrenome, Nome). II. Título.

RN/UNI-RN/BC

Classificação

ANNA LUIZA SILVA DE PAULA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS E A
SUA RELEVÂNCIA NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA CONSENSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro
Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como
requisito final para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador (a): Prof. Msc. Luiz Felipe Pinheiro Neto.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Luiz Felipe Pinheiro Neto
Orientador

Prof.
Membro

Prof.
Membro

À minha mãe, Gerlane Cristina, ao meu pai, Alessandro De Paula, ao meu irmão, Rafael Moura, e à minha avó, Maria Geralda, por terem me guiado nas veredas do conhecimento e da justiça.

AGRADECIMENTO

“Para ser grande, sê inteiro: nada teu exagera ou exclui. Sê todo em cada coisa. Põe quanto és no mínimo que fazes. Assim em cada lago a lua toda brilha, porque alta vive”.

Quando penso na minha trajetória universitária, lembro que este poema de Fernando Pessoa me mostrou a força de nos fazermos inteiramente presentes no desfrute de cada momento do nosso caminhar e de nos dedicarmos com a alma em tudo que nos dispusermos a fazer.

Esforcei-me com a alma para realizar este trabalho de conclusão de curso, sobretudo diante da maior crise humanitária do século XXI gerada pela pandemia do Coronavírus, que desafia a humanidade e requer de nós doses exponenciais de resiliência.

Entretanto, todo esse esforço não faria sentido se fosse unicamente para satisfazer meu ego. Na verdade, reconheço que a minha motivação maior para ter forças e dedicar-me a esta produção acadêmica, foi para honrar o amor incondicional, as batalhas grandiosas, a confiança e a reverência que meus familiares tiveram para comigo.

Inicio agradecendo a Deus e ao meu núcleo familiar, rochas inabaláveis, que literalmente me sustentaram para que eu chegasse até aqui.

À minha mãe, Gerlane Cristina, por ser minha segurança, bússola incentivadora e por não ter medido esforços por mim. Tenho um amor sublime e inatingível pela senhora.

Ao meu pai, Alessandro De Paula, pelo apoio, confiança e devoção que sempre teve por mim e que eu amo de forma que o verbo não consegue alcançar.

Ao meu irmão, o anjo Rafael Moura, pela compreensão, paciência e incentivo – mesmo tendo apenas 10 anos, sempre chegou com palavras de apoio e de carinho.

À minha avó Geralda, pela confiança que sempre depositou em mim, por ter sido fundamental, junto com os meus pais, para a construção do meu caráter. Sinto-me honrada por ter o prestígio de tê-la aqui neste dia de hoje.

Às minhas tias Andreza e Jeanne, pelo carinho, cuidado e incentivo de sempre. Gratidão eterna!

A Antônio Carlos, pela presença nos últimos anos.

À minha base firme e inabalável de amizade construída na época do Salesiano. Gratidão à Beatriz Lopes, Júlia Rapôso, Marina Gaspar, Marília Vieira e Camille Keller pela presença, irmandade genuína e cooperação ao longo de uma vida! “Não há memórias onde não apareçam e nem lembranças em que não estejam”.

À Maria Gabriela Melo, por ser minha irmã de alma, força nas atribuições e apoio incondicional em absolutamente todas as horas.

A João Miguel, por ser o meu outro anjo, uma das almas mais caridosas e grandiosas que já conheci. Este trabalho não seria possível sem ele, assim como a faculdade também não.

À Lara Theresa, pela amizade construída nestes longos anos de graduação.

À Isabel Pimenta, Luísa Medeiros, Mirelly Moura e Luana Lima pelo apoio nesta jornada.

A João Paulo Lima e Gustavo Henriques pela amizade de uma vida.

Ao meu orientador, o Prof. Msc. Luiz Felipe Pinheiro Neto, pela sublime e admirável dedicação aos seus orientandos.

À Prof. Nelisse Josino, por ter plantado em mim a semente do amor pelo direito penal e pela honrosa oportunidade de ter sido sua monitora de direito penal III e IV.

À Ana Emília, pelo suporte psicológico e pela poderosa frase: “você é a melhor estudante que pode ser.” A partir disso, abracei as infinitas limitações oriundas de um ano pessoal tão difícil e desafiador e segui. Dia após dia.

Ao querido e admirado Ministério Público Federal, órgão responsável pelo meu primeiro estágio, e divisor de águas na minha trajetória profissional.

Ao Procurador da República Dr. Victor Manoel Mariz, ao Procurador da República Dr. Renan Paes Felix e a Leonardo Batista, pela disponibilidade irrestrita em repassar os seus infinitos conhecimentos jurídicos.

Agradeço, em especial, ao Procurador da República Dr. Rodrigo Telles, pela prontidão, disponibilidade em me atender e pelas orientações fundamentais que nortearam a escrita deste trabalho.

Ao meu atual estágio na Justiça Federal, pela oportunidade de aprender tanto com o Dr. Walter Nunes e colaboradores.

Por fim, agradeço a todos que contribuíram de alguma maneira para a minha formação humana e acadêmica.

Mas a justiça atrasada não é justiça, senão
injustiça qualificada e manifesta.

Rui Barbosa

RESUMO

A justiça consensual expandiu-se rumo aos países cuja tradição remonta ao *Civil Law* e ao *Common Law* a partir do século XX, notadamente pela sociedade pós-moderna ser marcada pela elevada complexidade das relações sociais, sobretudo em virtude da força da globalização, bem como do aumento vertiginoso dos litígios e da criminalidade. Nesse contexto, a Justiça Consensual apresentou-se mundialmente como uma via alternativa apta a desburocratizar e gerar eficiência à justiça criminal, mormente em relação às infrações penais de pequeno e médio grau de periculosidade. O Brasil foi ao encontro dessa verdadeira tendência no direito internacional e, por meio da Resolução n.º 181/2017, o CNMP instituiu o acordo de não persecução penal que, logo em seguida, adentrou ao ordenamento jurídico pátrio por intermédio da Lei n.º 13.964/2019. Por ser um instituto novo, o presente trabalho tem o escopo geral de contribuir para o estudo do ANPP, levantando as principais questões controvertidas sobre o assunto, bem como abordando a sua contribuição sob perspectiva da justiça consensual. Detém os objetivos específicos de delinear a conceituação da justiça consensual; descrevê-la nos Estados Unidos – de tradição *Common Law* e na Itália, cujas origens remontam ao *Civil Law*; compreender a evolução da justiça consensual no Brasil; destrinchar o surgimento da Resolução n.º 181/2017 do CNMP e a sua constitucionalidade; conceituar o ANPP e investigar criticamente os pontos controvertidos do referido instituto. Trata-se de pesquisa exploratória, descritiva e qualitativa e de método de abordagem dialético. Como resultado, concluiu-se que o ANPP é um instrumento eficaz e contribui para a consolidação e ampliação da justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro, ao incentivar o debate, a contraposição de ideias e a resolução de conflitos pelas próprias partes por intermédio de procedimento extrajudicial. Constatou-se, também, que a implementação do ANPP priorizou o processo penal e os recursos humanos, bem como financeiros do Ministério Público, para os crimes de maiores gravidades. Malgrado a importância do ANPP para a solidificação dos espaços de consenso, foi concluído que há quatro principais controvérsias, quais sejam: a sua natureza jurídica; a obrigatoriedade da confissão a existência do *plea bargaining*; a retroatividade ou irretroatividade quanto aos aspectos intertemporais da norma e, por fim, a competência do juízo das execuções para executar e acompanhar o cumprimento das condições do ANPP. Verificou-se, por fim, que os pontos controvertidos carecem

prontamente de esclarecimentos, haja vista que as diversas vozes dissonantes tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, terminam por gerar insegurança jurídica relativamente à aplicabilidade do instrumento tão caro à justiça consensual.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal; Justiça Consensual; *Civil Law*; *Common Law*; Pontos controvertidos.

ABSTRACT

Consensual Justice has expanded towards countries whose tradition goes back to Civil Law and Common Law since the 20th century, notably because postmodern society is known by the high complexity of social relations, mainly due to the strength of globalization, as well as the vertiginous increase in litigation and crime. In this context, Consensual Justice presented itself worldwide as an alternative to reduce bureaucracy and generate efficiency to Criminal Justice, especially in relation to criminal felonies of small and medium degree of dangerousness. Brazil accepted this trend in international law and, through Resolution 181/2017, the CNMP – Nacional Public Ministry's Council – instituted the non-criminal prosecution agreement that, shortly thereafter, entered the national legal system through Law nº 13.964 / 2019. As it is a new institute, the present work has the general scope of contributing to the study of the Non-criminal prosecution agreement, pointing to the main controversial issues on the subject, as well as addressing its contribution from the perspective of consensual justice. It has the specific objectives of outlining the concept of consensual justice; describe it in the United States – which has the Common Law tradition and in Italy, whose origins go back to Civil Law system; understand the evolution of consensual justice in Brazil; unravel the emergence of CNMP (Nacional Public Ministry's Council) Resolution 181/2017 and its constitutionality; conceptualize the NPA (Non-prosecution Agreement) and critically investigate the controversial points of that institute. This is an exploratory, descriptive and qualitative research and uses the method of dialectical approach. As a result, it was concluded that the NPA is an effective instrument and contributes to the consolidation and expansion of consensual justice in the Brazilian legal system, by encouraging debate, the opposing of ideas and the resolution of conflicts by the parties themselves through an extrajudicial procedure. It was also found that the implementation of the NPA prioritized criminal procedure and human resources, as well as financial resources from the Public Ministry, for the most serious crimes. Despite the importance of the NPA for the consolidation of spaces of consensus, it was concluded that there are four main controversies, namely: its legal nature; the obligation to confess the existence of plea bargaining; retroactivity or non-retroactivity as to the intertemporal aspects of the standard and, finally, the competence of the executions court to execute and monitor compliance with the NPA conditions. Finally, it was found that the contested points promptly lack elucidation,

given the different dissonant voices in both jurisprudence and doctrine, end up generating legal uncertainty regarding the applicability of the instrument so necessary to consensual justice.

Keywords: Non-criminal prosecution Agreement. Consensual Justice. Civil Law. Common Law. Controversial Points.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	JUSTIÇA CONSENSUAL: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E ASPECTOS GERAIS	17
2.1	CONCEPÇÃO HABERMASIANA DE CONSENSO NO CONTEXTO DA JUSTIÇA CRIMINAL.....	22
2.2	O DELINEAR E A BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS ATÉ A CONTEMPORANEIDADE	24
2.3	A JUSTIÇA CONSENSUAL NOS ESTADOS UNIDOS: PAÍS DE TRADIÇÃO <i>COMMON LAW</i>	26
2.4	A JUSTIÇA CONSENSUAL NA ITÁLIA: PAÍS DE TRADIÇÃO <i>CIVIL LAW</i>	29
3	A VERTIGINOSA EXPANSÃO DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL: A CRISE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E UM EFICAZ MEIO DE POLÍTICA CRIMINAL	31
4	A RESOLUÇÃO N.º 181/2017 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP) E A IMPLEMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	34
4.1	OS ANTECEDENTES QUE ENSEJARAM A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO n.º 181/2017 DO CNMP	34
4.2	CONTROVÉRSIAS EM RELAÇÃO A CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N.º 181/2017 DO CNMP	37
5	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	42
5.1	CONCEITO.....	42
5.2	REQUISITOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	43
5.3	FATORES DE IMPEDITIVOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	45
5.4	CONDIÇÕES PROPOSTAS AO INVESTIGADO	46
5.5	O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE PRÉVIO E POSTERIOR À CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO	49

5.6	DO DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	51
6	OS PRINCIPAIS PONTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	53
6.1	NATUREZA JURÍDICA: PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DIREITO SUBJETIVO DO INVESTIGADO?	53
6.2	CONFISSÃO: FINALIDADE, (IN)EXISTÊNCIA DE PLEA BARGAINING, USO EM EVENTUAL AÇÃO PENAL SUBSEQUENTE E INCIDENTAL OU CIRCUNSTANCIADA?	56
6.3	ASPECTOS INTERTEMPORAIS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: RETROATIVO OU IRRETROATIVO?	59
6.4	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO É PASSÍVEL DE SER CELEBRADO DURANTE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?	65
6.5	É POSSÍVEL A CELEBRAÇÃO DO ACORDO PELOS RÉUS QUE SE ENCONTRAM PRESOS?.....	66
6.6	É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DO ANPP QUANDO HÁ CONCURSO DE CRIMES?.....	67
6.7	É POSSÍVEL A DIVISÃO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES EM CONCURSO DE PESSOAS COM PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ANPP POR APENAS UM INVESTIGADO?	68
6.8	CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA IMPRÓPRIA E A POSSIBILIDADE DO ANPP	70
6.9	É CABÍVEL A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO HOMICÍDIO CULPOSO E HOMICÍDIO CULPOSO DE TRÂNSITO?	70
6.10	CRÍTICA À COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA EXECUTAR E ACOMPANHAR O CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DO ANPP	72
6.11	A COMPETÊNCIA PARA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E RESCISÃO NO ANPP: JUÍZO DA HOMOLOGAÇÃO OU DA EXECUÇÃO?	74
7	CONCLUSÃO.....	76
	REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

A sociedade pós-moderna é marcada pela elevada complexidade das relações sociais, sobretudo em virtude da saliente força da globalização, bem como do aumento vertiginoso dos litígios e da criminalidade. Nessa perspectiva, a Justiça Consensual apresentou-se mundialmente como uma via alternativa apta a desburocratizar e gerar eficiência à justiça criminal, mormente em relação às infrações penais de pequeno e médio grau de periculosidade.

O primeiro mecanismo de consenso do ordenamento jurídico brasileiro deu-se por força da edição da Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) que, ao mitigar a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, foi a pioneira ao revolucionar a forma de resolução de conflitos, notadamente com a previsão legal da composição civil, suspensão condicional do processo e da transação penal.

Com a introdução dos mecanismos consensuais e despenalizadores, surgiram outras legislações neste sentido, a exemplo da Lei n.º 12.529/2011, que disciplina sobre o acordo de leniência, assim como a Lei n.º 12.850/2013, que versa sobre o acordo de colaboração premiada.

Nesse cenário de incontestável ampliação de espaços de consenso e frente a imprescindibilidade e urgência para deflagrar um meio de reforma da *persecutio criminis* no Brasil, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n.º 181/2017 a qual inovou ao criar a possibilidade da celebração do acordo de não persecução penal.

Em que pese a louvável iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em buscar soluções céleres e efetivas para as problemáticas envolvendo a justiça criminal brasileira, parte substancial da doutrina se insurgiu contra o *modus operandi* pelo qual essas inovações foram instituídas – via Resolução – e não por força de lei em sentido estrito. Além disso, outro ponto nevrálgico foi o da redação original não ter exigido a homologação judicial do acordo, ficando este, portanto, centralizado inteiramente no âmbito do Ministério Público.

Foi nesse sentido que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF) Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade de números, respectivamente, 5.790 e 5.793, atacando, sobretudo a primeira redação da Resolução n.º 181/2017. Entretanto, a Suprema Corte não teve tempo hábil para julgá-las, visto que foi editada

a Lei n.º 13.964/2019, que terminou por introduzir legalmente o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico pátrio.

Apesar dos esforços legislativos empreendidos ao inovar com a implementação do acordo de não persecução penal, surgiram relevantes e robustas controvérsias acerca da sua aplicabilidade prática.

À vista das lacunas e discrepâncias existentes entre o disciplinamento normativo e a práxis, o presente trabalho tem como seu objetivo geral apurar, à luz do exame processual penal e constitucional, os aspectos controvertidos do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e também não menos importante, a sua relevância na perspectiva da ampliação da justiça consensual no Brasil.

Ademais, são objetivos específicos: i) delinear a conceituação da justiça consensual; ii) descrever a justiça consensual nos países de *Common Law* e *Civil Law*; iii) compreender a evolução da justiça consensual na nação; iv) destrinchar o surgimento da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, bem como a sua constitucionalidade; v) conceituar o acordo de não persecução penal; vi) investigar criticamente os pontos controvertidos do ANPP.

No que pertine à metodologia utilizada, o presente estudo é exploratório, assim como detém caráter também descritivo. Ademais, ao buscar a interpretação e compreensão das formas pelas quais se expressam o acordo de não persecução penal e o consenso, a presente pesquisa fez uso de uma abordagem qualitativa. As técnicas procedimentais empregadas foram as bibliográficas e não se pode olvidar da também apreciação comparativa. Por fim, este estudo lançou mão da dialética como método de abordagem.

Na avidez de satisfazer os objetivos outrora citados, o segundo capítulo tratará da justiça consensual. De forma mais específica, abordar-se-á a delimitação conceitual e os aspectos gerais no que tange ao tema, assim como explorar-se-á a concepção Habermasiana de consenso no âmbito criminal e cuidar-se-á também de traçar o delinear e a breve evolução histórica dos sistemas processuais penais até a contemporaneidade, especificamente ao estudar a justiça consensual nos Estados Unidos – país de tradição *common law* – bem como a Itália, nação cujas origens remontam-se ao *civil law*.

Por seu turno, o terceiro capítulo abordará a vertiginosa expansão da justiça no Brasil, analisando as razões pela qual ocorreu: tanto em decorrência da crise na prestação jurisdicional, quanto por ser um eficaz meio de política criminal.

No quarto capítulo, caberá destrinchar o surgimento da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, que inovou ao dispor sobre o acordo de não persecução penal. Neste contexto, dissertar-se-á sobre os antecedentes que ensejaram a edição da referida Resolução, assim como serão analisadas as controvérsias em relação a sua constitucionalidade.

Já no quinto capítulo, o acordo de não persecução será deslindado desde a esfera conceitual, perpassando sobre os requisitos necessários para a sua celebração, bem como os fatores impeditivos, até chegar às condições propostas ao investigado.

Por fim, ao último e derradeiro capítulo caberá a discussão acerca dos principais pontos controvertidos que permeiam o instituto, o que implicará na investigação no tocante a sua natureza jurídica, das nuances que permeiam a exigência da confissão, seguido pela análise dos aspectos intertemporais do acordo de não persecução – seria, pois, retroativo ou irretroativo? – também far-se-á crítica à competência do juízo das execuções para executar e acompanhar o cumprimento das condições do ANPP, além de suscitar o questionamento acerca da competência para extinguir a punibilidade e rescindir o acordo – competiria ao juízo da homologação ou da execução? – dentre outras controvérsias que circundam o tema.

2 JUSTIÇA CONSENSUAL: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E ASPECTOS GERAIS

Os sistemas jurídicos Contemporâneos empreendem esforços rumo à criação e ampliação dos espaços ou mecanismos de consenso. Em que pese essa prática fosse tipicamente característica do universo jurídico anglo-saxônico, notadamente a partir do final século XX expandiu-se vertiginosamente em direção aos países de tradição *Civil Law*, dada a plausibilidade quanto à resolução efetiva de conflitos.

Para uma melhor compreensão, é válido trazer à tona a etimologia do vocábulo “consenso”. Em consonância com Giacomolli (2006, p. 74), “[...] a origem da palavra está em *consensus*, termo latino que significa ação ou efeito de consentir, de dar o consentimento”.

Nesse mesmo sentido salienta Martínez citado por Cunha (2019, p. 65) o termo derivado do latim *sentire* e o respectivo particípio *sensus*, aos quais remete o termo *consensus*, expressam a atividade de discernir e de apreciar as coisas de acordo com determinados critérios, não apenas como ação estritamente intelectual; mas sim, como uma atividade para cuja prática as pessoas usam o conjunto de suas faculdades cognitivas. Nesse ínterim, com a adoção do prefixo de origem latina *co*, formando o vocábulo *consensus*, o termo afasta-se da perspectiva de individualidade e passa a compreender a ideia de sentir junto, de dividir a experiência cognitiva.

Impende frisar, portanto, que a ideia geral pertinente ao consenso é diametralmente oposta ao paradigma do confronto, do embate e do conflito. Pressupõe a convergência de vontades e estimula o diálogo, o que constitui o inverso da oposição dialética entre as partes.

O ponto fulcral é compreender que o consenso pode ser analisado sob a ótica material – como um estado de coisas a ser atingido – quanto com base em uma abordagem procedimento – como um método em busca do estado de coisas desejado, conforme lição de Cunha (2010).

Com efeito, neste primeiro momento, em ambas as abordagens ora mencionadas, o consenso se caracteriza por ser uma manifestação cultural, cuja existência por si só não depende do sistema jurídico. Isto porque, conforme explica Losano (2007), antes do surgimento da jurisprudência clássica de Roma, ocorrido entre os séculos I e II d.C., a estratégia consensual já era utilizada como meio eficaz para solucionar os problemas decorrentes do convívio social existentes naquela época, notadamente as guerras, os casamentos arranjados, as trocas voluntárias, dentre outros.

Ressalte-se, por oportuno, que conforme Leite (2009, p. 19) o consenso, sob a égide da interpretação do consentimento ou acordo, encontra-se tradicionalmente relacionado com o direito civil e comercial, caracterizando-se por ser um dos elementos fundamentais dos negócios jurídicos de natureza contratual. Entretanto, dado o caráter atemporal das estratégias consensuais como efetiva técnica de resolução de conflito, a expansão deste instrumento hodiernamente no que tange à seara penal e processual penal, não inaugura um movimento inédito. Comprova-se facilmente este argumento mediante a realização de estudos acerca da evolução histórica referente à justiça criminal. Percebe-se, pois, que é marcada por constantes e sucessivos movimentos pendulares: por vezes, o Estado age de modo a confiscar a autonomia e liberdade da vontade das partes envolvidas na demanda e, por outras, atua no sentido de restitui-lhes estes direitos, que terminam por imbuir-lhes de poderes decisórios, conforme aduz Devresse (2003).

Após esse apanhado, observa-se que com a efervescência das ideias de acordo e consenso para o processo penal, se originou a intitulada *justiça consensual* penal ou *justiça negociada*. Em que pese parte da doutrina utilize tais expressões como sinônimos, de acordo com Cunha (2019), é oportuno diferenciar ambos os termos: a justiça consensual é bem mais abrangente do que a justiça negocial. Àquela pode ser compreendida como o gênero do qual esta é espécie.

De acordo com Tulkens citado por Cunha (2019, p. 70), o modelo negocial não se limita a conceder aos sujeitos o poder de aceitar ou recusar uma proposta, sobre cujo conteúdo não detém controle. Ao revés, é representada por assegurar a parte poderes para discutir e, por intermédio de concessões recíprocas, influenciar o conteúdo das propostas, atingindo, dessa forma, uma solução negociada. Por outro lado, para a autora outrora mencionada, a justiça consensual deve ser entendida como “[...] o modelo que deixa espaço, em maior ou menor grau, para o consentimento das partes interessadas, seja sob forma positiva, com sua aceitação, seja de forma negativa, com ausência de recusa” (tradução de Cunha).

A mesma lógica é aplicada ao entendimento de Leite (2009, p. 20) ao afirmar que o que difere o consenso da negociação está localizado na perspectiva de esses vocábulos representarem diferentes níveis de autonomia da vontade às partes. É por esse motivo que a *justiça negociada* tem o condão de ofertar ao imputado um amplo poder de debate, interferência e discursão no que tange às propostas ofertadas. Por outro lado, a *justiça consensual* não propõe esse vasto “poder de discussão” ao

imputado, se assemelhando mais a um contrato de adesão, em que a parte aceita ou não a proposta.

Nessa senda, impende destacar que a diferenciação terminológica entre os termos deriva do entendimento de que a expressão “justiça negociada” é encarada em sentido estrito, em que as partes discutem e debatem seus pontos de vista e interesses na forma de propostas e contrapropostas, conforme a lição de Jacobs citado por Cunha (2019, p. 71). Tal observação merece ser feita em razão de que, caso o termo seja compreendido de modo amplo, o consenso e a negociação podem, eventualmente, ser compreendidas como sinônimos.

O julgamento de Cunha (2019, p. 72) traça o limiar entre os dois conceitos, dado que a ocorrência de efetiva negociação entre os envolvidos é a característica singular que marca a diferença entre a justiça criminal negocial e consensual. Em consequência disso, caso ocorra a barganha na justiça consensual, será um mero elemento acidental e circunstancial, “[...] sendo possível pensar em modelo consensual em que as partes cheguem a um acordo independente de empreenderem uma verdadeira negociação” (CUNHA, 2019, p. 72).

Também há de se mencionar o sentido amplo da expressão justiça negocial em que abrange tanto os acordos em que existe a fidedigna negociação entre as partes, assim como aqueles em que o imputado adere a uma proposta sem que ocorra contatos ou contrapropostas.

Por derradeiro, tem-se a ótica do filósofo Alemão Habermas sobre a delimitação do termo *justiça consensual*. Conforme abordarei no próximo tópico, para o autor, o diálogo efetivo deve nortear as tratativas entre os envolvidos dispostos à celebração de um acordo. Por isso, é imprescindível que sejam criados espaços que permitam o real contato comunicativo entre os litigantes (Ministério Público e acusado, acompanhado, necessariamente, do seu advogado). Extraí-se da proposta Habermasiana que a interação entre as partes deve ocorrer para muito além da perspectiva formal, deve-se adentrar na esfera material com vistas a consagrar o entendimento mútuo e a construção do consenso. O presente trabalho adota esta linha de raciocínio referente à conceituação de *justiça consensual*.

Após esse primeiro momento, conclui-se que o processo penal globalizado e contemporâneo caminha em busca de acolher de modo significativo a manifestação da vontade das partes envolvidas no litígio, quais sejam: a acusação; o imputado; e também a vítima, de forma que a convergência de desígnios tenha uma importância

de alta relevância para o pronunciamento judicial que irá marcar o fim do processo ou do procedimento. Para Chiavario (1997, p. 428) “[...] verificam-se concessões recíprocas, próprias de soluções bilaterais. Do lado acusador, flexibiliza-se o exercício da persecução penal. Por parte do acusado, renuncia-se às possibilidades asseguradas por um contraditório amplo.”

Feitas as devidas explanações etimológicas e conceituais no que tange ao tema, é válido analisar os motivos que suscitaram a expansão da justiça consensual nos países europeus e latino-americanos. De modo geral, deve-se ao aumento vertiginoso em todos os níveis da criminalidade, assim como em razão da completa incapacidade da metodologia tradicional de resolução de conflitos - sobretudo por intermédio do processo - de solucionar de modo eficaz e célere as demandas jurídicas.¹ Em consonância com Damaska (2014) há de se considerar também o fator de que com a solidificação da democracia e repúdio às barbáries ocorridas durante os governos totalitários ocorridas no século XX, a justiça criminal inclinou-se para garantir a ampla defesa, o devido processo, a celeridade e eficiência da prestação jurisdicional. Por fim, outra não deve ser a exegese a não ser de que a implementação de institutos típicos da justiça consensual constitui um enfrentamento direto à ineficiência e disfuncionalidade do sistema punitivo do Estado.

Em meio a profunda crise e inoperância do sistema penal, grande parte dos países de tradição *civil law* recorreu ao sistema norte-americano de justiça consensual que, segundo Nitua, serviu de grande alternativa para atacar frontalmente a crise e alcançar a eficácia das funções penais. A respeito disso, Langer (2001, p. 97-133) afirma que há cerca de 200 anos os países de tradição romano-germânica têm importado diversos instrumentos do *common law* e, no Brasil, desde o final do século XX os institutos de consenso no processo penal têm se mostrado eficaz ao serem implementados no ordenamento jurídico pátrio.²

Portanto, em razão disso, grande parte dos países tradicionalmente *civil law* trouxe para seus respectivos ordenamentos diversos mecanismos de consenso, nos

¹ Sobre o tema, Scarance (2005, p. 52) discorre que: “Há um certo consenso em torno de que um dos graves problemas da justiça criminal é a demora na solução dos processos criminais. O problema cresce nos países em que é comum ficar o acusado preso por longos períodos até ser proferida a decisão. Aponta-se a lentidão no andamento dos feitos como o principal motivo para que se busquem formas alternativas de resolução da causa e maneiras de simplificação do procedimento”.

² Sobre o assunto, considero relevante pontuar que há as ferramentas da justiça consensual recentemente incorporadas à legislação Brasileira, cite-se: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

quais os interessados podem firmar acordos por intermédio da abreviação ou até mesmo da não persecução penal. Expande-se, dessa forma, o instrumento da justiça consensual pelo mundo e o tradicional modelo de justiça conflitiva perde a preponderância e entra em evidência a justiça de natureza jurídica não conflitiva.

Essa justiça não conflitiva segundo Andrade (2019, p. 32) deve servir à pequena e média criminalidade³, primando por soluções construídas a partir da confluência de vontades, porquanto os espaços de conflito devem ficar à cargo dos delitos de alta gravidade já que, nesses casos, não é razoável a aplicabilidade das soluções consensuadas.

Nessa toada, ainda conforme as lições do autor (2019, p. 33), os instrumentos opostos de consenso-conflito são conceitos os quais o processo penal moderno não se pode olvidar, dado que, em meio a heterogeneidade da fenomenologia criminal atual, os agentes autores da pequena ou média criminalidade podem se mostrar aptos e interessados para colaborar e aceitar os caminhos que são propostos como os adequados ao seu reencontro com os valores, princípios e comportamentos compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Assim, a solução consensual pode ser tida como uma ponte que favorece a ressocialização do autor do fato, na medida em que ele, pelo exercício ou não de alguns direitos fundamentais, participa de modo livre e efetivo da solução do caso.

Não se pode deixar de esclarecer o apontamento que faz Oliveira (2015, p. 76) de que as zonas de consenso não foram instituídas com o fim de se opor diante das garantias processuais do acusado, mas sim de aproximar os envolvidos nos litígios para que, juntos, pactuem uma solução destinada à estabilizar a tensão causada em razão do delito. É cristalino que esses espaços consensuais, em uma perspectiva teleológica, se inclinam rumo a atender a função preventiva e repressiva do Direito Penal, além de reestabelecer a paz social e, deixar o direito penal conflitivo como sendo, de fato, a *ultima ratio*.

Por fim, em consonância com Leite citada por Andrade (2019, p. 38) a justiça penal consensual caminha no sentido de possibilitar uma prestação de serviço estatal mais satisfatória e em observância estrita à eficiência e efetividade. Em contraponto a

³ Segundo Andrade (2019, p. 32) “[...] a pequena criminalidade é definida como aquela de pequena potencialidade lesiva, que gera pequeno impacto social, e é reprimida mediante a imposição de sanções alternativas à prisão [...] A média criminalidade diz respeito aos delitos intermediários, que se situam entre as infrações leves e a graves. [...] A grave delinquência consiste nos delitos de maior potencial lesivo, que afrontam bens jurídicos preciosos para a coletividade, como a vida e a liberdade.

isso, há de se observar que a importação desse mecanismo típico do *common law*, só é possível nos países de tradição anglo-saxônica se harmonizado com os princípios clássicos do processo penal e com os direitos do acusado, de forma em que o garantismo seja por completo contemplado.⁴

2.1 CONCEPÇÃO HABERMASIANA DE CONSENSO NO CONTEXTO DA JUSTIÇA CRIMINAL

Na década de 80, ao fim do século XX, o filósofo Jurgen Habermas foi o precursor da teoria da ação comunicativa a qual tinha por objetivo desenvolver a capacidade que o sujeito detém de agir e interagir por meio da linguagem, em busca do entendimento intersubjetivo, do consenso e do bem comum.

É a partir dessas novas ideias que Andrade (2019, p. 40) se posiciona no sentido de que o processo penal pelo consenso é “[...] uma sede natural de incidência da teoria do agir comunicativo, já que é um modelo fundado no encontro de vontades e que depende do processo comunicativo livre e consciente para se construir a solução do conflito”.

Munido desse posicionamento, Habermas citado por Andrade (2019, p. 40) aponta a compreensão do intercâmbio linguístico como uma expressão essencial de interação entre os sujeitos. A linguagem, ao ser utilizada de forma comunicativa, é o meio pelo qual os seres humanos traduzem e materializam o que tem no universo, sendo possível o compartilhamento de impressões sobre algo, de modo que consigam criar relações e constituir consensos.

Em suma, o filósofo alemão citado por Andrade (2019, p. 41) traz à tona o conceito de *razão ou racionalidade comunicativa* como sendo representado pelo saber gerado a partir da fala argumentativa, da linguagem ou prática comunicativa com vista ao entendimento dos sujeitos. Importante salientar que esse entendimento visa superar a *razão ou racionalidade cognitivo-instrumental*, a qual tinha por objetivo proporcionar a aquisição do conhecimento e à autocompreensão do indivíduo, que age direcionado a um propósito pessoal. Por outro lado, a racionalidade comunicativa

⁴ Em consonância com Andrade (2019, p. 39) “o garantismo penal consiste numa teoria jurídico-penal de tutela do direito fundamental de liberdade. Com raízes no pensamento iluminista de Beccaria, essa teoria foi (re)formulada por Luigi Ferrajoli e parte do pressuposto de que o homem só é realmente livre se houver um sistema de garantias penais e processuais que o proteja do arbítrio punitivo do Estado. Em suas palavras, “as garantias – não só penais – são vínculos normativos idôneos a assegurar a efetividade dos direitos subjetivos e em geral aos princípios axiológicos sancionados pela lei”. As garantias são o amparo do indivíduo contra o Estado. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.

amplia os horizontes da compreensão do ser humano sobre si mesmo e sobre o mundo, a partir do entendimento intersubjetivo (fala e ação), racionalmente motivado.

Orquestrando esses conceitos, Habermas propõe *uma racionalidade comunicativa* para orientar as relações entre as pessoas em que a vê como uma consistente maneira de adquirir e empregar saber, a fim de solucionar problemas e explicar os paradoxos da modernidade. Na ação comunicativa, as partes não devem se mover para ganhar à luz do seu sucesso, mas visam, por meio da interação linguística, pelo diálogo, cooperação, harmonizar seus interesses e alcançar o consenso.

Por consequência, outra não deve ser a exegese a não ser a de que as bases metodológicas da justiça penal consensual aplicada no Brasil sofre direta e contundente influência da concepção Habermasiana no que tange à teoria da ação comunicativa. Isso porque, o ordenamento pátrio segue o que propõe o estudioso Alemão: de que o consenso deve ser atingido por intermédio de argumentos racionais, com observância à compreensibilidade, verdade, correção e sinceridade. Conclui-se, portanto, que para o consenso ter validade, deve haver igual direito de comunicação entre os sujeitos.

Os instrumentos de consenso admitidos no Brasil pressupõem tal qual preleciona Habermas citado por Andrade (2019, p. 41) a ausência de coerção e a busca incessante pelo livre reconhecimento, na intersubjetividade, sem violência física ou moral. Assim, nenhum dos envolvidos no litígio deve impor um acordo, já que atingiria frontalmente a vontade livre e consciente, o que tornaria a ação inválida. Para o autor, a única coação permitida é a do melhor argumento.

À luz das lições Habermasianas, indubitavelmente que o sistema jurídico que visa a resolução eficaz de conflitos não deve se arquitetar tão somente em uma lógica destinada ao conflito e à noção adversarial. Deve haver uma segunda via: a da conciliação, do acordo⁵ e da negociação entre as partes. Conforme explanado anteriormente, a justiça de natureza conflitiva deve reservar-se aos casos em que o consenso não se mostra razoável, proporcional ou adequada.

Cabe, neste momento, traçar um paralelo com o Acordo de Não Persecução Penal: nestes, deve incidir integralmente a razão comunicativa pleiteada por

⁵ De acordo com Giacomolli (2006, p. 73): “[...] o consenso ocorre entre os dois polos: a acusação e a defesa. Esta solução consensual ou negociada, pode advir da aceitação pura e simples, da proposição de um jeito, ou de uma negociação preliminar. Ao órgão judicial, ainda que participe ativamente da solução consensuada, incumbe decidir a respeito do consenso”.

Habermas. O agir comunicativo pautado pelo diálogo saudável entre as partes do litígio, é que deve trilhar as tratativas envolvendo os sujeitos processuais que visam à celebração do acordo. Não deve haver, conforme o autor em debate e Da Rosa (2018), a atuação dos litigantes com vistas à lógica estratégica de dominar a parte oposta para obter o êxito individual.

Brito (2014, p. 116) atenta para a questão de que as falas dos litigantes devem ser inteligíveis e o acordo pode ter o conteúdo inteiramente invalidado caso o réu não compreenda as suas bases e se não entenda as consequências daquilo que foi firmado no acordo. Por que razão é que compreendo ser exigível a presença do advogado, com a devida capacidade postulatória para orientar o cliente acerca da proposta e eventual contraproposta, das causas e consequências do ato de consenso praticado.

Para finalizar, a compreensão final da proposta de Habermas referente ao consenso na justiça penal é no sentido de adotar parâmetros de uma linguagem efetiva e do diálogo como sendo fundamentais para resolver os conflitos intersubjetivos. Os acordos, para serem lícitos e eficazes na esfera jurídica devem ser livres de coação e devem trilhar caminhos rumo à inteligibilidade, correção normativa e honestidade.

2.2 O DELINEAR E A BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS ATÉ A CONTEMPORANEIDADE

À luz do direito comparado, a doutrina clássica subdivide os sistemas em: adversarial – tipicamente observada nas nações em que prepondera o *common law* – e não adversarial – notadamente oriundo dos países *civil law*. É bem verdade, porém, que na presente época, é recorrente o intercâmbio de institutos entre os sistemas, inexistindo, de um lado, um modelo exclusivo dos países anglo-saxônicos e, por outro lado, o das nações de tradição jurídica europeia continental.

Nardelli (2014, p. 335) assevera que o modelo adversarial clássico interliga-se à cultura do *common law*, cuja origem é inglesa. Garapon e Papapoulos citado por Nardelli (2014, p. 335) prelecionam que o ideário que procede a *common law* interliga-se com a anterioridade do direito, que deve ser compreendida tanto com a aceção política – por intermédio da *rule of law* – bem como em sentido histórico. A doutrina traduz o *rule of law* como “a primazia do Estado de Direito”, o que se relaciona com os valores de justiça independente. Ainda de acordo com os mencionados autores, o sistema adversarial é conhecido pelo rigor para a criação das regras probatórias –

rules of evidence – que são instrumentos de garantia para atingir a verdade, o que reflete uma sólida observância ao método.

Por outro lado, o sistema não adversarial – adotado pelos ordenamentos de tradição romano-germânica – *civil law* – teve origem no direito canônico. O método utilizado, à época, era o inquisitivo, em que o juiz detinha as funções de acusar e julgar e caminhava no sentido de constituir a verdade absolutamente a todo custo, inclusive por meio de tortura. Entretanto, com o movimento iluminista, o até então utilizado “sistema de provas legais” foi substituído pelo “livre convencimento”, salvaguardada na capacidade técnica e no desinteresse dos magistrados, bem como frente à consolidação do entendimento de que a adoção da livre apreciação das provas era o meio mais eficaz para atingir a verdadeira eficácia da repressão estatal ao delito.

Segundo Zander citado por Nardelli (2014, p. 338), a diferença cabal entre os dois sistemas reside na gestão das provas. De um lado, o modelo não adversarial preza pela dominância do juiz no processo; por outro lado, o sistema adversarial se estrutura com as partes tendo o protagonismo para resolver a demanda, com a forte utilização das técnicas negociais e consensuais. Aqui, o magistrado é um expectador passivo frente às provas produzidas pelas partes. Já na compreensão adotada pelo *civil law*, as partes desempenham um papel completamente subsidiário.

Hodiernamente há retroalimentação entre os institutos dos dois sistemas. Segundo Nardelli (2014, p. 339) o sistema adversarial, cujo poder exacerbado das partes é característico, está tendo uma mudança de paradigma na medida em que, cada vez mais, oferta-se poderes significativamente maiores aos magistrados, em especial quanto à gestão do procedimento. Essa alteração se deu principalmente a partir de 1998, por intermédio da edição das *Civil Procedure Rules* (CPR).

Por outro lado, há de se reconhecer, portanto, que esse intercâmbio de institutos é bem mais comum na adoção de institutos típicos da *common law* por parte dos países de tradição *civil law*, diante da necessidade de se redesenhar o sistema jurídico que, até então, as partes detinham poderes irrisórios, o juiz com força decisória exacerbada e, com isso, uma engrenagem judiciária ineficiente e ineficaz.

Nesse contexto, o jurista Schunemann (2013, p. 240) tinha razão quando discorria que, desde os anos 1990, os ordenamentos jurídicos mundiais estariam tendentes a seguir o modelo processual penal adotado pelos Estados Unidos da América. Em verdade, instrumentos típicos do *common law* são cientificamente

comprovados mais eficientes do que os do *civil law*, sobretudo àqueles concernentes à busca pela verdade e a produção probatória.

Por fim, é nesse sentido em que caminha o ordenamento jurídico brasileiro, em especial com expansão dos espaços e mecanismos de consenso, a exemplo da recente implementação do Acordo de Não Persecução Penal – inovação legislativa trazida pela Lei n.º 13.964, em que o Ministério Público e o indiciado têm grandes poderes para tratar a melhor maneira de solucionar o conflito, bem como com os já existentes institutos de justiça negocial da Colaboração Premiada e dos Acordos de Leniência.

2.3 A JUSTIÇA CONSENSUAL NOS ESTADOS UNIDOS: PAÍS DE TRADIÇÃO COMMON LAW

Em princípio, as diretrizes do campo criminal e processual penal norte-americano não são uníssonas, ao contrário. Alteram-se de forma substancial em cada Estado-membro e em razão disso, a única regra uniforme em toda a nação é a observância integral ao *due process of law*⁶ (devido processo legal).

O direito americano é de natureza adversarial⁷ e se estrutura no sentido de que quaisquer atos de violação à legislação criminal devem ser interpretados como uma violência contra o poder Estatal. Em relação à justiça criminal do país, Gordilho (2017) explica que esta é regulada por meio de normas constitucionais, bem como pela *Federal Statutes* – legislação federal escrita. Já nos Estados-membros, de forma geral, o direito criminal segue as regras das Constituições Estaduais, seguidas pelas leis ordinárias estaduais, bem como pelas regulamentações dos Tribunais Superiores e, por fim, pelos *State Case Laws* – precedentes judiciais.

Após esse apanhado geral, passarei a análise dos atos ocorridos após a conclusão das investigações policiais, em razão de ser o foco desta presente produção acadêmica. No *modus operandi* norte-americano, o promotor público tem a

⁶ 1 Segundo Barroso (2001, p. 320): “O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (procedural due process), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional.

Nesse sentido, pondero que é importante trazer à tona o conteúdo da IV Emenda norte-americana, em que traz o *Due Process of Law* significa um princípio de hermenêutica e de direito autoaplicável, tanto a nível federal como estadual, de resguardo dos direitos fundamentais da pessoa humana, tais como a proteção contra buscas e apreensões invasivas da privacidade, sendo necessário mandado judicial com expedição sujeita a comprovação da ocorrência de justa causa”.

⁷ Cita Andrade (2019, p. 120) que o sistema adversarial tem caráter acusatório, mas se distingue do sistema acusatório clássico por atribuir mais autonomia e poderes às partes, tendo o juiz uma participação mais passiva, como de um árbitro.

ampla faculdade de promover ou não a ação penal, sob a justificativa da conveniência do interesse público em atenção ao fato de que o Estado não deve administrar meros aborrecimentos ou situações sem grande relevância – *mínima non curat praetor*. Essa estrutura segue a lógica do seguimento ao princípio da oportunidade quanto à decisão de promover ou não a ação parte, diferentemente do que tradicionalmente se adotou no Brasil.⁸

Com isso, há diversas estratégias consensuais utilizadas para otimizar o sistema, veja-se: caso a competência para julgar seja do *Grand Jury* e, em se tratando de direito disponível, o suspeito tem a possibilidade de escolher ser indiciado pelo promotor. Em decidindo por optar por isto, terá oportunidade de negociar a admissão de culpa – a *intitulada plead guilty on arraignment to a lesser offense than charged* – escolhendo ou uma redução de pena, ou tem a chance de até mesmo optar pela descaracterização do crime mais grave para um delito cuja punibilidade seja inferior, por intermédio de um acordo (*plea bargaining*).

Figura jurídica que suscita paixões e controvérsias, Fisher citado por Andrade (2019, p. 123) aborda que a *plea bargaining*⁹ ou *plea agreement* ou *ple deal* é a negociação da declaração de culpa e teve seu surgimento no século XX nos EUA, nas situações em que acordos informais entre a acusação e defesa começaram a ser celebrados e com isso agilizou-se a resolução dos conflitos criminais. No contexto atual, tem seu procedimento regulado em âmbito federal pela *Rule 11 das Federal Rules of Criminal Procedure*, se caracteriza por ser uma negociação, um debate, um consenso, entre a defesa e a promotoria em que, logo a *posteriori* ao momento da capitulação do crime e em seguida à fase do *preliminar screen* – a *opinio delicti* no processo penal brasileiro – inaugura-se a fase (*pleading*) em que o sujeito terá a possibilidade de se pronunciar em juízo acerca da sua culpabilidade. Caso se afirme culpado e confesse o crime (*pleads guilty*), segue uma consistente e vasta verdadeira negociação com a promotoria para que ocorra a alteração da capitulação do crime

⁸ Pontua que até o final do século XX, vigorou no ordenamento pátrio o princípio da obrigatoriedade da ação penal, em que o membro do Ministério Público era obrigado a promovê-la em todas as circunstâncias em que houvesse justa causa. É verdade, porém, que desde a adoção da transação penal, instituída pela Lei n.º 9.099/95, o princípio da obrigatoriedade vem sendo mitigado constantemente, cite-se: a edição da Lei 12.850, que instituiu a Colaboração Premiada, no mesmo sentido a Lei 12.846, responsável pela regulamentação do Acordo de Leniência e, mais recente, a Lei 13.964, que trouxe para o direito brasileiro a possibilidade do Acordo de Não Persecução Penal – todos instrumentos da justiça consensual, que colocam em xeque a obrigatoriedade da ação penal.

⁹ Importante citar o conceito de Albergaria (2007, p. 19) acerca do termo: “[...] é uma negociação praticada entre a acusação e a defesa cujo objeto integra recíprocas concessões e na qual, em qualquer caso, o acordo contemplará declaração de culpa do acusado”.

mais danoso para um menos grave, ou que se reduza a quantidade de delitos, está efetivado o *plea*. Em suma, este é uma declaração forma no tocante às acusações formuladas pela promotoria pública.

Cabe a defesa, também, seguindo Dworking citado por Gordilho (2017, p. 9) recusar o litígio sob o argumento do “*plea nolo contedere*” em que é formulada uma sentença como se o suspeito fosse culpado, entretanto, este ato não representa uma confissão de culpa, bem como não serve de prova para outros processos ou procedimentos, em quaisquer esferas jurídicas, em razão da proteção contra dupla acusação.

Ainda nessa linha de raciocínio, a defesa pode alegar inocência (*not guilty*) dada a inconsistência da acusação instaurada pela promotoria. Pode, também, silenciar e automaticamente inicia-se a instalação do *trial* e, em consequência disso, seus procedimentos, que são de natureza pública; aqui, abre-se margem para as regras típicas de cada federação ditarem os trâmites seguintes: o juiz pode julgar com ou sem a participação do júri. O *trial* pode ser compreendido como sendo um instrumento apto a expressar o direito constitucional de presunção de inocência do acusado e nesta etapa a promotoria deverá provar a acusação feita até então – *beyond a reasonable doubt*.

Em resumo, é válido trazer à tona a explanação de Nardelli (2014, p. 341) no que tange ao tema em debate:

Após uma fase inicial investigatória perante a polícia e a promotoria de justiça, esta oferece formalmente a acusação contra o imputado, que deve comparecer em juízo para formalizar o *plea*, que nada mais é do que sua declaração formal acerca das acusações formuladas. O acusado pode, então, declarar-se culpado (*guilty plea*) ou inocente (*not guilty plea*). Ressalte-se que em certas jurisdições é admitida a manifestação do acusado pelo desinteresse em impugnar a acusação, sem que isso signifique a assunção da culpa (*nolo contendere plea*). Os efeitos dessa manifestação no tocante à condenação, todavia, equiparam-se aos de um *guilty plea*, estando a distinção relacionada aos efeitos em relação a eventuais ações civis baseadas nos mesmos fatos.

Vladimir Aras (2018, p. 303) aborda que outro instrumento de consenso na justiça americana chama-se *non prosecution agreement* (NPA), que é o acordo de não persecução norte-americano, utilizado em casos de criminalidade econômico-financeira, entre uma agência do governo dos EUA – cite-se o Departamento de Justiça (DOJ) ou a Comissão de Valores Mobiliários (*Securities and Exchange Commision* – SEC) e uma pessoa física ou jurídica, na qual é alvo de quaisquer

investigações. Por fim, impede frisar que esses acordos são celebrados antes da propositura da ação e independem de homologação judicial.

Checker aponta que semelhante ao NPA, existe também o acordo de persecução diferida ou acordo de suspensão da persecução, o intitulado *deferred prosecution agreements* (DPA), no qual o promotor público concorda em retirar a acusação já oferecida em troca da concordância do réu em cumprir determinados requisitos estabelecidos.

Em última análise, ao fazer uma observação Contemporânea do sistema jurídico americano, observa-se, em geral, o êxito no tocante a sua prestação jurisdicional, dado que, segundo Albergaria (ano X, p. 12), mais de 90% dos processos penais norte-americanos resultem em uma *guilty plea*¹⁰, com aplicação imediata da pena e isso se deve ao estímulo a uma negociação efetiva entre a defesa e a acusação. Há de se reconhecer que existem sólidas e contundentes críticas sobre o tema, no entanto, refogem ao objeto de estudo deste trabalho.

2.4 A JUSTIÇA CONSENSUAL NA ITÁLIA: PAÍS DE TRADIÇÃO *CIVIL LAW*

A tradição do *civil law* do direito italiano foi posta em xeque quando um sistema de reformas foi implantado com o objetivo de trazer elementos adversariais para a estrutura sistêmica do ordenamento processual pátrio.

Em que pese o Código Italiano de 1988 estabeleça o princípio da obrigatoriedade da ação penal, com as alterações legislativas a *posteriori*, amplos poderes foram ofertados às partes, o que pode ser compreendido como uma espécie de mitigação deste princípio. Segundo Amodio (1990, p. 35) a obrigatoriedade em propor a ação penal deve ser relida e reinterpretada, ao passo que o princípio com *status* constitucional não exige a instauração de processo em todos os casos, “[...] mas sim, exige a transparência e o controle jurisdicional dos critérios com base nos quais o promotor de justiça faz a escolha entre pedido de arquivamento e formulação da acusação”.

O autor elenca que a necessidade dessa nova leitura acerca da obrigatoriedade de a ação penal dar-se em razão do aumento insustentável das

¹⁰ Esclarece Vasconcelos (2015, p. 63) que *guilty plea* “representa o reconhecimento da culpabilidade em relação aos fatos imputados, aceitando a imposição imediata de uma pena, renunciando a direitos fundamentais e não impondo a carga probatória ao acusador”. A declaração de culpa pode ser voluntária ou não influenciada (*voluntary or non influenced*), estruturalmente induzida (*structurally induced plea*) ou negociada (*negotiated plea*), sendo esta última mais comum e decorrente do *plea bargaining* (ANDRADE, 2017).

demandas penais e, com isso, a sobrecarga da máquina judiciária e, conseqüentemente, a má prestação jurisdicional.¹¹ O segundo motivo determinante consistiu no reconhecimento de que havia diversos crimes tipificados cuja lesividade era extremamente baixa e não ensejaria a ação do Estado que visasse determinar uma sanção. Em verdade, o sistema italiano era extremamente duradouro e foi alvo de sucessivas condenações pela Corte Europeia de Direitos Humanos em razão da violação à duração razoável do processo (art. 6º da Convenção).

Diante da realidade de um sistema falido e ineficiente, a Itália aderiu à procedimentos que simplificassem o trâmite, a exemplo do *giudizio abbreviato* que se inicia com o juiz da audiência preliminar e com substrato nos dados e elementos produzidos na investigação preliminar. É nesse contexto que esclarece Nardelli (2014, p. 355) “[...] que caso ocorra o requerimento do acusado e o consenso da acusação, é possível adotar esse procedimento que, em havendo a condenação, terá a redução da pena em um terço”. Em resumo, o acusado renuncia ao juízo oral da produção probatória e os elementos utilizados como base para a decisão serão frutos da investigação preliminar e o juiz que o preside irá sentenciar de acordo com o estado do momento.

Ainda nessa linha de raciocínio, tem-se outra espécie de simplificação de procedimento: a *applicazione della pena su richiesta delle parti* - este mecanismo consiste em um acordo entre a acusação e a defesa, o intitulado *patteggiament*, o qual propõe uma renúncia à presunção de inocência por parte do acusado. Reza o Código de Processo Penal Italiano que o consenso entre a acusação e a defesa possibilita que ou uma ou outra proponham ao juiz a aplicação antecipada de pena alternativa ou mesmo da pena prevista acrescida de uma redução de um terço, desde que não ultrapasse 5 anos de prisão, em consonância com Nardelli (2014, p. 355).

Em última análise, resta evidente a alteração na estrutura tradicional e clássica do direito italiano, pautada na essência inquisitória derivada do *civil law*, e a aproximação com a estrutura adversarial, regulada pela proeminência da vontade das partes e o estímulo à criação e ampliação de espaços e mecanismos de consenso no processo penal, com o fim de adequar a qualidade da prestação jurisdicional ao disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹¹ Sobre o tema, cite-se a primeira condenação da Itália, ainda no ano de 1983, por decisão unânime, na Corte Europeia de Direitos do Homem por violação ao direito à razoável duração dos processos (art. 6º da Convenção). Situações como essas ensejaram a elaboração de reformas processuais no sistema italiano.

3 A VERTIGINOSA EXPANSÃO DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL: A CRISE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E UM EFICAZ MEIO DE POLÍTICA CRIMINAL

Conforme esclarecido no capítulo anterior, já se precisou que há um processo mundial de intercâmbio recíproco entre os sistemas jurídicos de tradição clássica romano-germânica e *common law*. Nesse sentido, Örucü citado por Paiva (2016, p. 291) aduz que não há sistema puro no mundo jurídico, e vários graus de hibridismo resultam de vários níveis e camadas de cruzamento e entrelaçamento.

Nesse sentido, desde o final do século XX percebe-se uma evolutiva aproximação entre o *Civil Law* e *Common Law*, tida anteriormente como seguimentos de vertentes diametralmente opostas. Isso ocorreu no mundo inteiro em razão da conscientização dos juristas acerca da existência de um núcleo comum de soluções constantes nos vários ordenamentos, consoante aduz Gallo (1997, p. 171).

No Brasil não foi diferente. Na esteira dos países europeus, o ordenamento pátrio introduziu os mecanismos de consenso na esfera penal com o objetivo maior de desburocratizar¹² e gerar eficiência¹³ à justiça criminal relativamente à pequena e média criminalidade. Sobre o tema, Grinover citada por Andrade (2019, p. 161) aduz que se deixou de investir em uma política de justiça criminal totalmente ineficiente, calcada na aplicação de penas privativas de liberdade, arriscando-se à experiência do consenso por intermédio da aplicação de medidas alternativas ao cárcere.

O primeiro instrumento brasileiro de resolução consensual no processo penal deu-se com esteio no art. 98¹⁴, I, da Magna Carta, que amparou a edição da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais). Esse instituto, ao mitigar e estabelecer alternativas ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, gerou uma verdadeira revolução no modo de aplicação do direito penal e processual penal.

¹² De acordo com a dissertação de mestrado intitulada “O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal: perspectivas e possibilidades no processo penal brasileiro”: “No Brasil, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, tramitam 6,5 milhões de casos penais, cujo prazo médio de duração da fase de conhecimento é de 3 anos e 1 mês (Disponível em: XX?. Acesso em dezembro de 2017).

¹³ Acerca da temática, em consonância com o os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2018, na fase de conhecimento de 1º grau, o tempo do processo criminal é maior que o do não-criminal em todos os ramos de Justiça. Os dados estão alinhados com a taxa de congestionamento criminal (73,3%), que supera a não-criminal (59,2%) nessa instância. (Acesso em Setembro de 2019).

¹⁴ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...].

Andrade (2019, p. 162) explica que, para as infrações de menor¹⁵ potencial ofensivo, criou-se os meios alternativos da composição civil e da transação penal. Já para os crimes de média¹⁶ ofensividade, inovou-se com a criação da suspensão condicional do processo.

Com esses instrumentos de consenso, tolheu-se a rigidez e inflexibilidade do clássico e tradicional processo penal e privilegiou-se o princípio da oportunidade da ação penal, consubstanciado nos princípios típicos dos juizados especiais – a oralidade, informalidade, celeridade, economia processual e simplicidade.

Com efeito, a década de 90 foi altamente frutífera para o estabelecimento de normas consensuais no país, cite-se a também edição da Lei n.º 8.072, bem como de outros dispositivos legais, os quais estabeleceram a possibilidade de se firmar o acordo de colaboração premiada. Este instituto, porém, foi melhor delineada com a Lei de Crimes Organizados – Lei n.º 12.850, do ano de 2013.

Todas essas novidades legislativas, ao romperem com o *nulla poena sine iudicio* (não há pena sem processo, sem aferição de culpa) e da indisponibilidade da ação penal, como preleciona Andrade (2019, p. 206), inovaram o Direito Processual Brasileiro, estabelecendo espaços ou zonas de consenso no modelo de justiça criminal, de forma que a resolução dos casos menos graves passou a ser atingida de modo mais rápido e eficiente, sem o regular trâmite da ação penal e sem os estigmas típicos de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Nesse paradigma, as leis que estabelecem uma guinada rumo às diretrizes do consenso e da negociação, são instrumentos efetivos de política criminal. Sobre este tema, Jiménez citado por Hoppe (2018, p. 14) afirma, que este campo se dedica ao estudo do “[...] conjunto de medidas, critérios e argumentos que empregam os poderes para prevenir e reagir frente ao fenômeno criminal”. Para complementar o raciocínio, Dias citado por Hoppe (2018, p. 16) arremeta dizendo que a aplicação do direito penal e processual penal, em última análise, ficam dependentes da teleologia, das valorações e das proposições político-criminais inerentes ao sistema.

Cite-se a relevante ponderação feita por Aires (2017, p. 257) de que as intenções político-criminais devem construir balizas estruturantes para o processo

¹⁵ Art. 61 da Lei nº 9.099, de 1995 – “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”.

¹⁶ Infrações cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, em consonância com o disposto no art. 89 da Lei n.º 9.099, de 1995.

penal, voltado à sua funcionalidade e eficiência, mas sem olvidas da sua fundamental função de garantia, delineada pela tutela da dignidade da pessoa humana. É com vistas a atender essa importante elucubração que se aperfeiçoa exaustivamente a justiça consensual penal brasileira, a exemplo da recente criação do instituto do Acordo de Não Persecução Penal, estabelecido pela Lei Anticrime.

É importante salientar que, muito embora o consenso seja uma exímia ferramenta que visa garantir a eficiência e a celeridade em relação à resolução de conflitos, a justiça consensual não é e não deve ser compreendida como a única solução capaz de minorar os danos causados pela morosidade e inoperância da justiça. Há de se atentar para outro significativo problema brasileiro: o excesso de condutas tipificadas, inclusive com penas meramente pró-forma, as quais terminam por inflar de modo desnecessário – por muitas vezes esses delitos não ofenderem bens juridicamente relevantes e, em suma, em razão do direito penal não ser utilizado como *a ultima ratio* – o poder judiciário.

Por fim, Scarance citado por Hoppe (2018, p. 23) argumenta no sentido de que o consenso como personificação da efetivação de políticas criminais, visa minimizar o descompasso existente entre a teorização do processo penal e a sua eficiência prática. Outra não deve ser a exegese a não ser a de que a justiça consensual no Brasil cumpre de modo magistral suas funções de ser uma resolução alternativa de conflitos, de simplificar o procedimento e, por último, mas não menos importante, de colaborar com a justiça.

4 A RESOLUÇÃO N.º 181/2017 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP) E A IMPLEMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

4.1 OS ANTECEDENTES QUE ENSEJARAM A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO N.º 181/2017 DO CNMP

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução n.º 181/2017, posteriormente alterada pela Resolução n.º 183/2018, em que dispôs sobre a instauração e a tramitação do Procedimento Investigatório Criminal (PIC) a cargo da instituição e inovou radicalmente ao introduzir o acordo de não persecução penal ao direito brasileiro.

A priori, é válido retroceder no espaço intertemporal, a fim de desvendar algumas das motivações por parte do CNMP em editar esse ato normativo de natureza infralegal, o qual terminou por revolucionar o direito procedimental e processual penal pátrio.

É importante rememorar que no ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal (STF) teve dois significativos julgados no que tange ao “litígio estrutural” ou “litígio estratégico” de interesse público, os quais têm grande relevância para a edição da Resolução n.º 181/2017.

Ademais, estes são instrumentos por meio dos quais se reconhece a possibilidade de que o judiciário seja provocado para que, por intermédio da prestação jurisdicional, não traga exatamente a solução para o caso concreto, mas que tenha por objetivo provocar/compilar a possibilidade de se dar priorização às questões públicas, com o intento destas receberem medidas típicas de problemas públicos, a reclamar propostas institucionais.

Foi isso que aconteceu nos dois julgados precipuamente. Primeiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 e a sua medida cautelar, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do estado de coisas relativo ao sistema prisional brasileiro.

Essa modalidade de decisão estrutural é de inspiração da Corte Constitucional Colombiana, que igualmente o fez em seu próprio sistema prisional, com todas as consequências. Foi nesse ensejo em que houve uma chamada institucional ao (CNMP) para que pudesse apresentar instrumento de melhor equacionamento da ação penal. Eis, então, que surge o primeiro grande debate dentro

do órgão, a fim de propor soluções alternativas ao então modelo vigente de persecução penal.

O outro julgamento foi o Recurso Extraordinário (RE) n.º 641.320, o qual ensejou a execução da Súmula Vinculante (SV) n.º 56, em que reza a possibilidade de se assegurar progressão de regime ou soltura antecipada dos detentos em razão da impossibilidade das unidades prisionais abarcarem outras pessoas ou disporem de condições minimamente possíveis da execução da pena.

A partir disso, o Conselho Nacional do Ministério Público estabeleceu um Grupo de Trabalho (GT) para analisar a situação narrada acima. Durante a correição realizada, o Conselho deparou-se com a lastimável situação dos presídios e diversos promotores, ao tentar solucionar as demandas da forma mais célere possível, notadamente em razão do estado de coisa inconstitucional, deslindaram os casos que lhes foram chegando sem a necessária judicialização dessas temáticas na seara penal.

Nessa conjuntura, o CNMP decidiu pela necessidade de amadurecer a discricionariedade persecutória no direito brasileiro. Também foi determinante a análise de que, em relação a outros ordenamentos, o Brasil se encontra em situação de atraso em relação a ampliação de soluções negociadas ou pensadas para melhor equacionamento das questões sem que ocorra necessariamente a persecução penal.

Cite-se, por exemplo, a Resolução n.º 45/110, editada em 1990 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, mais conhecida como Regras de Tóquio¹⁷, em especial em seu item 5.1, núcleo central que justificou a criação do acordo de não persecução penal.

¹⁷ Esclareço que essas regras fazem parte da série de tratados internacionais de direitos humanos e estes, no Brasil, possuem natureza jurídica de norma Constitucional. Dito isso, passo a pontuar os seus objetivos gerais: I) promover o uso de medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para os indivíduos submetidos a medidas substitutivas ao aprisionamento; II) promover o envolvimento e a participação da coletividade no processo da justiça criminal, especificamente no tratamento dos infratores, assim como desenvolver nestes o sentido de responsabilidade para com a sociedade; III) a aplicação destas Regras deve levar em consideração a situação política, econômica, social e cultural de cada país e os fins e objetivos de seu sistema de justiça criminal; IV) a aplicação das Regras deve ser em vistas à assegurar o equilíbrio adequado entre os direitos dos infratores, os direitos das vítimas e a preocupação da sociedade com a segurança pública e a prevenção do crime e, por fim; V) os Estados-Membros devem desenvolver em seus sistemas jurídicos medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal, levando em consideração a observância aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores.

Este item preleciona que sempre que adequado e compatível com o sistema, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerar que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas.

Observou-se, ainda, o item 2.3 das Regras de Tóquio o qual aduz que para evitar o recurso desnecessário ao encarceramento, o sistema de justiça criminal deverá oferecer uma grande variedade de medidas não privativas de liberdade, desde as tomadas na fase pré-julgamento até as da fase pós-sentença.

Cabral (2020, p. 25) elucida que, embora a Resolução das Nações Unidas não consubstancie norma vinculante, é certo que essa recomendação tem força de *soft law*, no sentido de impor um constrangimento ao Brasil para a implementação de tais medidas.

Em vistas disso e de toda a situação fática outrora mencionada, o CNMP editou a inovadora Resolução n.º 181/2017 e esta prelecionou que nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e com pena mínima não superior a 4 (quatro) anos, além de outros requisitos previamente estabelecidos na norma,¹⁸ o Ministério Público poderá propor ao investigado o acordo de não persecução penal, desde que confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir dos requisitos do caput do art. 18¹⁹, de forma cumulativa ou não.

¹⁸ Cite-se as situações nas quais não são cabíveis o acordo de não persecução penal, de acordo com o §1º do art. 18 da Resolução 181 do CNMP: I) quando for cabível a transação penal, nos termos da lei; II) quando o dano causado for superior a 20 salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III) quando o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, §2º da Lei n.º 9.099/95.

¹⁹ 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: (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Por isso, no entender do Conselho Nacional do MP, não subsiste razão em prosseguir o típico processo criminal se é possível construir, fora da judicialização da causa, uma solução ao caso concreto que atenda a proteção da sociedade, a prevenção ao crime, bem como a promoção do respeito pela lei ou pelo direito das vítimas.

4.2 CONTROVÉRSIAS EM RELAÇÃO A CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N.º 181/2017 DO CNMP

A Resolução n.º 181/2017, posteriormente alterada pela Resolução n.º 183/2018, foi editada e não havia lei em sentido estrito que disciplinasse a matéria - dado que despertou críticas de parte majoritária da doutrina.

Em consonância com Alves e Barreto (2020, p. 110), os estudiosos apontavam que o CNMP, ao inovar no ordenamento jurídico, estava usurpando a competência privativa da União para legislar sobre processo penal, em concordância com o art. 22, I, da Constituição Federal, extrapolando também o seu poder regulamentar conferido pelo art. 130-A, §2º, I, do Texto Constitucional. Com esse raciocínio, carece, portanto de constitucionalidade formal a referida Resolução, tese esta endossada pela presente produção acadêmica.

Assim aduz Lima (2020, p. 275) que é evidente que o art. 18 da Resolução n.º 181/2017 versa sobre matéria processual, porquanto introduz no ordenamento verdadeira exceção ao princípio da obrigatoriedade.

Em se tratando de assunto pertinente à ação penal, tal matéria em hipótese alguma poderia ser objeto de criação por uma Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de natureza administrativa²⁰, até mesmo porque é a Constituição Federal que confere ao *Parquet*, dentre suas funções institucionais, a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

O autor brilhantemente traz à tona a visão de que seria necessário, (CF, art. 129, I). Portanto, que tal ato tivesse ocorrido por intermédio de lei formalmente constituída, em observância ao processo legislativo constitucional e não por meio de uma Resolução CNMP.

Lima (2020, p. 246) corretamente aborda, ainda, que não é possível admitir o uso da analogia com a Resolução n.º 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

²⁰ No julgamento da ADI 3.367/DF (Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006), o Supremo afirmou a natureza administrativa do Conselho Nacional de Justiça. Com base nesta decisão, e levando-se em consideração a simetria entre os dois Conselhos, a doutrina afirma que esta também é a natureza do CNMP, o que limita a atuação e a interpretação a ser feita por ele.

responsável pela implementação da audiência de custódia no direito brasileiro, como fundamento para legitimar o poder legiferante do Conselho Nacional do MP.

Isso porque, em concordância com o STF, no julgamento da ADI n.º 5.240/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, j. 20/08/2015, a resolução não seria incompatível com os princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal (CF, art. 5º, II, e art. 22, I, respectivamente) pelo fato de tão somente regulamentar o que já estaria previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, notadamente no art. 7º, §5º, a qual possui status normativo supralegal, e do Código de Processo Penal, cujo art. 656²¹ prevê a possibilidade de apresentação do paciente preso em dia e hora a ser designada pela autoridade judiciária.

Esse raciocínio, portanto, não seria válido para o acordo de não persecução penal, porquanto, nesse caso, não haveria previsão convencional nem tampouco infraconstitucional explícita. Conclui afirmando, que enquanto o acordo de não persecução penal não fosse objeto de lei em sentido formal, não se poderia admitir sua celebração, já que foi pautado pela Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

Foi nesse sentido que também se manifestou a Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.793 e a Associação de Magistrados do Brasil, por meio da ADI n.º 590.

As entidades argumentaram com vistas a comprovar que a Resolução n.º 181/2017, a pretexto de regulamentar sobre instrução e regras procedimentais de instrução criminal, extrapolou o seu poder regulamentar e, dessa maneira, inovou no ordenamento jurídico.

Isso porque, em estrita observância ao art. 22, I, da Constituição Federal, além de competir privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal, a norma ora questionada além de outras proposições, permitiu ao Ministério Público dispensar a ação penal.

Dessa forma, não se reconhece ao CNMP o poder de expedir normas primárias em matéria que ultrapasse suas competências constitucionais. Quando há a extrapolação de seu poder regulamentar, o ato editado caracteriza-se como verdadeiro ato primário, violando diretamente o dispositivo constitucional.

²¹ Recebida a petição de **habeas corpus**, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

Outrossim, convém notar as vozes que defendem a constitucionalidade da Resolução n.º 181/2017.

De acordo com essa tese, o CNJ e o CNMP, no exercício das suas atribuições administrativas, deteriam o poder para expedir atos regulamentares. Em consonância com o Supremo Tribunal Federal²², estes possuem caráter normativo primário, o que significa dizer que têm abstração e generalidade, extraindo seus fundamentos de validade dos dispositivos constitucionais.

Nesse íterim, cabe citar a posição pessoal de Lima (2020, p. 276) ao sustentar que o art. 18 da Resolução n.º 181 do CNMP busca concretizar os princípios constitucionais da eficiência, da proporcionalidade e da duração razoável do processo. Por essa razão, de acordo com essa interpretação, não há que se falar em inconstitucionalidade quanto ao dispositivo que versa sobre o acordo de não persecução penal, porquanto se trata de regulamento autônomo destinado a regulamentar diretamente a aplicação de princípios constitucionais.

É sobretudo relevante assinalar que há dois pontos centrais na defesa da constitucionalidade do referido instituto, consoante entendimento de Cabral (2019, p. 34), de Lima (2020, p. 276), de Aras (2019, p. 294) e de Barros (2019, p. 68).

O primeiro encontra substrato na inteligência de que não haveria violação à competência legislativa exclusiva da União, prevista no art. 22, I, da Constituição, dado que o acordo de não persecução penal não gozaria de natureza processual²³, em razão de se tratar de questão realizada à luz de procedimento administrativo em que não há, por óbvio, o exercício da pretensão punitiva.

Impende salientar que para Brasileiro (2020, p. 276) também não há “[...] propriamente partes, não há o exercício da função jurisdicional penal, nem se faz necessária a observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Em suma, não há processo penal”.

O segundo parte da premissa da natureza jurídica da Resolução do CNMP: a de que seria, pois, normativa e primária. A construção argumentativa se constrói no

²² STF, Pleno, ADC 12 MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006

²³ Reza Barros (2019, p. 72) que: “Isso porque o acordo de não persecução penal é anterior ao processo e às normas que o regulamentam possuem natureza procedimental. Desta feita, a Resolução n.º 181 do CNMP não trata de direito processual, de modo que não viola o inciso I do art. 22 da Constituição Federal [...] Desse modo, assim como o inquérito policial, possui natureza administrativa (pré-processual), não havendo se falar em competência privativa da União para tratar do tema”.

sentido de compreender, em primeiro plano, o que caracteriza o ato normativo, bem como quais requisitos são necessários para que este seja considerado primário.

Para Barros (2019, p. 70) deve-se esclarecer, que para que o ato seja compreendido como normativo, é necessário que seja dotado de alta carga de generalidade e abstração. Por outro lado, para que seja enquadrado como primário, é necessário que se extraia seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal.

Dessa maneira, outro não deve ser o caminho para determinar a natureza jurídica da Resolução do CNMP, a não ser de perquirir se estas são genéricas e abstratas. Acerca disso, note-se que o regimento interno do Conselho Nacional do Ministério Público prevê a abstração e generalidade dos seus atos normativos, em consonância com o art. 43, IX, “alínea d”.

Com isso, os apoiadores dessa tese dizem que compete ao CNMP editar atos normativos, logo, dotados de generalidade e abstração. Deve-se passar agora para análise acerca da possibilidade desses atos serem considerados primários, ou não, ou seja, se eles têm seu fundamento e validade na Constituição Federal.

A Magna Carta, em seu art. 130-A, §2º, aduz que o Conselho Nacional do MP pode expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou determinar providências.

Com isso, os defensores da constitucionalidade de Resolução concluíram que os atos proferidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público são normativos, portanto, dotados de abstração e generalidade. São, também, primários, haja vista que extraem seus fundamentos de validade diretamente do dispositivo constitucional.

Ainda abordam que a proposta da não persecução penal, sob a ótica constitucional, deve ser entendida como um direito fundamental, visto que é um tema estritamente interligado à garantia do *status libertatis* do autor do delito.

Nesse sentido também caminha Barros (2018, p. 72) ao afirmar que se trata, na verdade, de direito fundamental do réu, de modo que “[...] negar a aplicação ao instituto seria, em última análise, negar a incidência de uma garantia essencial ao acusado e violar considerável gama de outros direitos igualmente fundamentais, [...]”.

Nesse contexto, o STF, no bojo do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 12, fixou o entendimento de que as normas emanadas pelo CNMP são atos normativos primários, digam-se, autônomos, abstratos e advindos diretamente das normas constitucionais.

O posicionamento da doutrina que entende pela constitucionalidade da Resolução n.º 181 do CNMP, justificou tal pleito sob o argumento de que se tratada, em verdade, de ato normativo primário e ao trazer em seu conteúdo matérias favoráveis ao acusado, não há que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Essa corrente não merece prosperar. Reafirmo que neste até então debate, me posicionaria em concordância com a tese da então inconstitucionalidade formal do art. 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, por compreender que o referido artigo versa sobre matéria processual, notadamente em razão de introduzir ao ordenamento pátrio uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Trata-se, em primeira e última análise, de matéria atinente à ação penal, competindo, portanto, exclusivamente à União legislar.

Outro não deve ser o entendimento a não ser o de que o CNMP extrapolou o seu poder regulamentar com a edição da Resolução n.º 181/2017, assim como assinalo que não é reconhecido ao órgão o poder de expedir normas primárias que termine por usurpar suas competências conferidas pela Constituição. Foi o que ocorreu neste caso.

Pondero, porém, que a Resolução não carece de inconstitucionalidade material. Como bem asseverou acima Barros (2020, p. 73), o instituto da proposta de não persecução penal cuida-se de direito fundamental do réu, ao consistir em um procedimento alternativo que impeça a deflagração de um processo judicial e, portanto, livre-o de todo o estigma típico e característico do processo penal.

Isso não deve ser utilizado, como bem foi pelo autor, como argumento que leve a crer que inexistente uma inconstitucionalidade formal. As análises são autônomas, portanto, a existência de uma não implica na existência de outra. Muito embora seja formalmente inconstitucional, pelas razões acima elencadas, compreendo não ter vícios de inconstitucionalidade material.

Feitas essas considerações, é de extrema relevância destacar que com a edição da Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime), foi superada a controvérsia acerca da (in)constitucionalidade referente a Resolução n.º 181/2017. Isso porque, agora, o acordo de não persecução penal foi instituído por meio de lei em sentido estrito, esvaindo-se, portanto, o objeto acerca dos antigos debates no que tange a inconstitucionalidade do referido instituto.

Diante do exposto, passo à análise no próximo capítulo acerca do instituto do acordo de não persecução penal propriamente dito.

5 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

5.1 CONCEITO

O acordo de não persecução penal trata-se de um procedimento administrativo pré-processual, celebrado entre o Ministério Público e o investigado – necessariamente assistido pela sua defesa técnica – e homologado pelo juízo competente.

No assertivo entender de Neto (2020, p. 77) o instituto é uma “[...] medida despenalizadora, como o acordo de transação penal (art. 76. Lei n.º 9.099), observando-se que não há assunção de culpa, mas ocorre negócio jurídico que evita a denúncia. É considerado um modelo reparador de justiça consensual.”

Nos termos da inovação trazida pelo Pacote Anticrime, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, bem como com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o membro do Ministério Público poderá propor o acordo de não prosseguimento da ação penal, desde que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, por meio das condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Ao confessar formal e circunstanciadamente a prática do ato delituoso, o investigado se sujeita ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet não oferecer a denúncia e declarar a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente observada e obedecida.

No dizer expressivo de Lima (2020, p. 273) há um reconhecimento da viabilidade acusaria, visto que o investigado deve confessar circunstanciadamente a prática do delito. Nesse ponto, o citado acordo diferencia-se de outros institutos de Justiça negociada já existentes em nosso ordenamento, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo – ambas não exigem a confissão.

Entretanto, o autor (2020, p. 275) pondera que “[...] à semelhança destes, a aceitação e o cumprimento do acordo não causam reflexos na culpabilidade do investigado”. Isso porque a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução não constarão na certidão de antecedentes criminais, com exceção para o fim de impedir a celebração de novo acordo dessa mesma natureza no prazo de 5 anos.

Há de se analisar que o acordo de não persecução penal, ao ser enquadrado como exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, guarda extrema proximidade com o princípio da oportunidade. Nesse contexto, abre margem para que

o *Parquet* atue com vistas a intervir minimamente e estipule regras de seleção em concordância com a política criminal adotada no bojo da instituição.

É, em suma, uma alternativa promissora para tornar a justiça criminal mais eficaz e com observância à duração razoável do processo “[...] sem cairmos na abertura perversa e perigosa de um *plea bargaining* sem limite de pena, como inicialmente proposto pelo ‘Pacote Moro’ e, felizmente, rechaçada pelo Congresso Nacional [...]”, conforme pontua Lopes (2020, p. 315).

Destarte, de acordo com os dados mais recentes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão²⁴ do Ministério Público Federal, em 22 de janeiro de 2020, o MPF solucionou por meio do acordo de não persecução penal grande parte dos crimes que não detêm alta periculosidade, porém que têm uma alta incidência e demandam tempo e recursos financeiros da instituição, quais sejam: contrabando ou descaminho; estelionato majorado; uso de documento falso; moeda falsa/assimilado; falsidade ideológica; estelionato; dentre outros.

5.2 REQUISITOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A primeira observação recai sobre a pontuação que faz Neto (2020, p. 78) de que os casos omissos no art. 28-A do CPP devem ser interpretados em consonância com a Resolução n.º 181/2017 do CNMP, a não ser que o legislador tenha proferido o silêncio eloquente.²⁵

Esclarecida essa questão, da sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, é possível extrair que há os seguintes requisitos para a realização do acordo de não persecução penal:

a) Não ser o caso de arquivamento do procedimento investigatório:

O acordo de não persecução só e somente só deve ser celebrado quando a instrução processual se mostrar possível. Isso quer dizer que devem estar plenamente preenchidos as condições da ação penal, ou seja, deve existir a aparência de um crime (*fumus comissi delicti*), legitimidade da parte – a ação penal deve ser pública,

²⁴ De acordo com os dados fornecidos pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, até Janeiro de 2020 haviam sido efetuados 322 ANPP's para o crime de contrabando e descaminho; 188 para o crime de estelionato majorado; 136 para o delito de uso de documento falso; 66 para moeda falsa/assimilados; 43 para os crimes de falsidade ideológica e 40 para os de estelionato.

²⁵ Esclarece Neto (2020, p. 78) que se trata dos casos em que “[...] o legislador deixou, voluntariamente, de tratar de determinado assunto, o que leva à impossibilidade de analogia, pois, em tese, não haveria lacuna normativa, e sim uma proibição da utilização de algum instituto ou procedimento, por interpretação reversa”.

praticada por pessoa maior de idade – e, por fim, a justa causa, consubstanciada por elementos informativos e probatórios mínimos que emprestem amparo para o oferecimento da denúncia. Logo, caso o titular da ação penal compreenda que o arquivamento é à medida que se impõe, por consequência, não poderá ocorrer a celebração do acordo. Cabral (2019, p. 43) alerta que a justa causa merece uma atenção especial, neste caso. Já que o acordo de não persecução não se presta como instrumento de obtenção da justa causa. Apenas cabe o acordo quando já houver a justa causa e quando não for o caso de arquivamento²⁶ da investigação criminal;

b) Infração penal que não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa:

Primeiro, esclareça-se que o Código de Processo Penal utiliza a expressão “infração penal”, portanto, o acordo de não persecução pode ser celebrado tanto nos crimes, quanto nas contravenções penais, desde que a conduta não tenha sido praticada com violência ou grave ameaça.

Em que pese o art. 28-A não tenha tratado de modo mais detalhado acerca da violência, parte majoritária da doutrina caminha no sentido de que a violência ou grave ameaça deve ser praticada necessariamente de modo doloso. Isso justifica o cabimento do acordo de não persecução penal em eventual crime culposos com resultado violento, a exemplo da lesão corporal culposa. Pontue-se, portanto, que a violência tratada no CPP é presente na conduta e não no resultado, por isso o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), editou o Enunciado n.º 23, o qual explicitou que é cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos, cujos resultados tenham sido violentos, já que os delitos dessa natureza a conduta se pauta na violação do dever de cuidado seja por negligência, seja por imprudência ou imperícia, em que o resultado é involuntário, não desejado pelo agente e nem aceito, apesar de ser previsível;

c) Infração penal à qual seja cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos:

De início, para a contabilização da pena mínima, devem ser observadas as causas de aumento e de diminuição de pena. Nesse sentido se posicionou o CNPGE e o GNCCRIM: “Para aferição da pena mínima cominada ao delito, serão consideradas

²⁶ Conforme aduz Lima (2019, p. 278) o CPP silenciou no tocante às hipóteses em que autorizam o arquivamento do procedimento investigatório. Afirma, porém, que é plenamente possível a aplicação por analogia das hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária, ambas dispostas nos arts. 395 e 397 do CPP.

as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto na linha do que dispõe os enunciados sumulados n.º 243 e n.º 723, respectivamente, do STJ e STF”.

5.3 FATORES DE IMPEDITIVOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

I. **Se for possível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei:**

A transação penal tem prevalência perante ao ANPP sob a justificativa de ser mais benéfica para o imputado, ao ter consequências menos gravosas ao acusado.

II. **Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que levem à conclusão de conduta habitual, profissional ou reiterada, com exceção se as infrações penais anteriores forem insignificantes:**

Conforme aduz Junior (2020, p. 317) esse critério pode ser compreendido como vago e impreciso, na medida em que cria inadequados espaços de discricionariedade por parte do Ministério Público. Nesse debate cabe a explanação acertada de Lima (2020, p. 279) acerca de que é considerado reincidente aquele que comete novo crime, após o trânsito em julgado da sentença que o condenou, observando-se, porém, o decurso temporal de 5 (cinco) anos, bem como a prática de delitos militares próprios e políticos, conforme o art. 63 e 64 do Código Penal. O autor (2020, p. 280) traz explicações sobre os conceitos de criminoso habitual e o de crime habitual. Neste, o delito figura elementar do tipo e o delito é único. Já quanto a habitualidade criminosa, tem-se que é uma característica do agente, não da infração e há pluralidade de crimes. Em relação a reiteração da conduta criminosa, pode-se entender como aquela que é repetida e, na verdade, a pessoa que a comete, tem essa atividade como sendo um ofício ou uma profissão. Disso interpreta-se que a vontade real do legislador era de vedar integralmente a celebração do acordo com os indivíduos que têm o crime como um estilo e meio de vida que, dado que em razão disso, o ANPP não seria meio eficiente e eficaz para prevenção e reprovação do delito. Já relativamente a parte final do inciso, o qual autoriza do acordo de não persecução nos casos de reincidência, conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, desde que sejam insignificantes, Lima (2020, p. 281) bem critica que esse trecho não há razão de ser se a expressão tiver sido usado como sinônimo de “princípio da insignificância.” Para chegar a essa conclusão, basta usar o seguinte raciocínio: em sendo aplicado o princípio si da insignificância, este, por só, afasta a tipicidade material, portanto, não haveria a existência de crime e a infração penal anterior não

teria existido. Por isso, endosso a interpretação feita pelo CNPG e o GNCCRIM, por intermédio do Enunciado n.º 21, acerca desse tema. Para ambos, o termo “insignificante” deve ser lido e aplicado como delitos de menor potencial ofensivo.

III. Ter sido o agente se beneficiado nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo:

Com essa vedação, o legislador teve a cautela de evitar a banalização do acordo de não persecução penal, bem como de privilegiar a celebração do instituto com os investigados primários.

IV. Nos crimes de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por condições do sexo feminino, em favor do agressor:

A proposta de acordo é vedada nestes casos, ainda que a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos.

5.4 CONDIÇÕES PROPOSTAS AO INVESTIGADO

Oportuno se toma dizer que para que o acordo seja efetuado, o investigado se compromete a cumprir as condições acordadas outrora em negociação entre a sua defesa técnica e o *Parquet*, as quais podem ter sido estabelecidas de modo cumulativo ou alternativo.

Como se depreende da leitura do art. 28-A do CPP, é importante esclarecer que essas condições não se tratam de pena, visto que não há processo penal em curso, conseqüentemente inexistente imputação e, como consequência lógica, não há de se falar em imposição de pena.

Impende ressaltar que a lógica do acordo de não persecução penal é a do consenso, ou seja, o investigado se voluntaria a cumprir as condições não privativas de liberdades e, em sendo devidamente cumpridas, não subsiste nenhum tipo de interesse no manejo da ação penal. Dessa maneira, a medida é impor o arquivamento investigatório e, a posteriori, declarar a extinção da punibilidade.

Observados os objetivos do ANPP²⁷, notadamente a sua função político-criminal de não contribuir para agravar a superlotação do sistema carcerário, as condições têm o condão de necessariamente serem não privativas de liberdade e

²⁷ Quais sejam: a necessidade de soluções alternativas ao processo penal, que terminem por promover celeridade e eficiência na resolução dos casos menos complexos; destino focalizado dos recursos financeiros e humanos do Judiciário, bem como do Ministério Público para o processamento e julgamento das questões mais complexas e graves e, por fim, a minoração dos efeitos negativos gerados por uma sentença penal condenatória, bem como o desfogamento das unidades prisionais.

propor prestações disponíveis. A guisa desse exemplo pode-se citar Cabral (2019, p. 19) ao dizer que “[...] é no âmbito de liberdade, disponibilidade, que o investigado detém na celebração de negócios jurídicos.”

Posiciona-se nesse sentido o CNPG e o GNCCRIM, por intermédio do Enunciado n.º 25: “O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência”.

Diante do imposto, em que pese essas condições não tenham a natureza de pena, em consonância com o art. 28-A, §6º do CPP, deverão ser fiscalizadas pelo juízo da execução penal. Tema este que é objeto de críticas bastante contundentes e por essa razão tratarei de modo detalhado no próximo capítulo.

a) Confessar formal e circunstanciadamente a prática do delito:

Em meio a diversas dubiedades acerca da temática, é uníssono que deve ser lida como uma verdadeira contribuição por parte do investigado à investigação. Entretanto, ao constituir objeto de diversas controvérsias jurídicas, detalharei as polêmicas no capítulo a seguir.

b) Reparação do dano ou restituição da coisa à vítima:

Essa condição deve ser percebida com uma atenção especial, em virtude de ofertar voz e espaço a uma figura que foi tão renegada e esquecida em toda história do procedimento e processo penal brasileiro: a vítima. Extrai-se do instituto que é essencial que a vítima seja de fato inserida no consenso, ao ser concedido lugar para que se expresse acerca de qual foi o prejuízo ocasionado, como ela compreende que deve ser feito essa reparação e até mesmo qual seria o meio mais eficiente de solucionar a questão. A melhor doutrina caminha no sentido de verificar a possibilidade de aplicar esse requisito a reparação de quaisquer danos, a exemplo dos danos materiais, estéticos, morais, dentre outros. Por outro lado, ao buscar a equidade e razoabilidade, essa condição não deve ser imposta quando comprovada a impossibilidade de o investigado reparar o dano, notadamente em razão da sua vulnerabilidade financeira, bem como de restituir a coisa à vítima.

c) Renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime:

O objetivo desse tópico se presta a evitar que esses bens permaneçam sob a égide do investigado. Se isso ocorresse, claramente não seria possível preservar

corretamente o produto oriundo da infração penal. Congruentemente complementa Lima (2020, p. 284) que se trata de um verdadeiro confisco aquiescido, conquanto essa alínea não deva ser interpretada como efeito da condenação, visto que não há sentença condenatória transitada em julgado. Essas condições, contudo, guardam similitudes aos efeitos extrapenais obrigatórios expressos no art. 91, II, “a” e “b”, do Código Penal. Por fim, a teleologia deste item visa em acelerar a reparação do dano à vítima, unindo-se solidamente a condição anteriormente mencionada.

d) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas:

Essa é uma medida a ser cumprida pelo investigado como forma de reprovação e repreensão da sua conduta, além de não deixar de ter um caráter educativo, portanto, preventivo. O tempo que durará a execução dessa condição é o período equivalente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser definido pelo juízo da execução. É válido mencionar que a diminuição tem por objetivo incentivar o investigado a optar pela via consensual por claramente constituir uma situação pessoal mais benéfica. Diante do exposto, esclareça-se que ao ser descumprida, sob hipótese alguma poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, justamente por ter a natureza exclusiva de condição para a celebração do ANPP e não de pena restritiva de direito.

e) Pagamento de prestação pecuniária:

É um meio de o Estado reprovar a conduta do investigado, além de ter o lado positivo de ser mais fácil e célere verificar o seu efetivo cumprimento. Por outro lado, há de se reconhecer que se constitui como sendo uma medida bem menos efetiva sob a perspectiva preventiva. Sem embargo, à luz do art. 45 do Código Penal, o pagamento deve ser feito em vistas a atender às entidades públicas ou de interesse social explanadas pelo juízo competente – o da execução – e montante deve ser direcionado de forma preferencial àquelas que tutelem os mesmos bens jurídicos ou semelhantes aos crimes em tese efetuados.

f) Cumprimento, por prazo determinado, de outras condições estipuladas pelo Ministério Público:

A priori, é relevante rememorar que tal qual o art. 89, §2º, da Lei n.º 9.099/95, em que trata sobre a suspensão condicional do processo, o art. 28-A,V, do CPP preleciona que o é perfeitamente possível que o órgão ministerial estabeleça, em conjunto com o investigado e seu defensor técnico, outra medida que se enquadre como mais proporcional, adequada e devidamente compatível com a infração penal

aparentemente praticada. Conforme assevera Lima (2020, p. 284) “[...] tais condições são predispostas não para punir o investigado, mas para demonstrar sua autodisciplina e senso de responsabilidade na busca da ressocialização, corroborando a desnecessidade de deflagração da ‘*persecutio criminis in judicio*’”. Nesse diapasão, deve-se mencionar que a Resolução n.º 181/2017 do CNMP previa diversas outras condições ao investigado, dentre elas, a de comprovar o cumprimento das condições, independente de notificação ou aviso prévio e, caso não fosse possível, apresentar imediatamente a devida justificativa para o não cumprimento do acordo. Entretanto, essa condição não foi reproduzida de forma expressa no art. 28-A do CPP, o que não significa dizer que não seja possível de ser aplicada, pelo contrário.²⁸ É passível de ser posta em prática, só que, agora, com o fundamento no art. 28-A, V, do CPP.

5.5 O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE PRÉVIO E POSTERIOR À CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

De início, impende relembrar que a redação original da Resolução n.º 181/2017 do CNMP não previa controle jurisdicional prévio à celebração do ANPP e foi duramente criticada por estar em sentido diametralmente oposto a outros institutos da justiça consensual, a exemplo da transação penal (Lei n.º 9.099/95, art. 76, §4º), da suspensão condicional do processo (Lei n.º 9099/95, art. 85, §1º) e até mesmo a colaboração premiada (Lei n.º 12.850/2013, art. 4º, §7º).

Com a alteração feita ao referido ato normativo por meio da Resolução n.º 183/2018, foi instituído o controle jurisdicional prévio perante o cabimento e conteúdo relativo ao acordo de não persecução.

Em observância às alterações feitas pela Resolução n.º 183/2018, o CPP em seu art. 28-A, §4º, seguiu a mesma lógica e privilegiou o sistema de freios e contrapesos, ao expressamente dispor que o ANPP deveria ser controlado por meio de uma audiência, designada pelo magistrado competente, para verificar sua voluntariedade, por intermédio da oitiva do investigado, devidamente representado pelo advogado, e bem como analisar a legalidade do acordo.

²⁸ Sobre a questão, o Enunciado n. 26 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “Deverá constar expressamente no termo de acordo de não persecução penal as consequências para o descumprimento das condições acordadas, bem como o compromisso do investigado em comprovar o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo apresentar, imediatamente e de forma documentada, eventual justificativa para o não cumprimento de qualquer condição, sob pena de imediata rescisão e oferecimento da denúncia em caso de inércia (§10)”.

O juiz das garantias²⁹ terá o poder para homologar o ANPP e, em assim feito, o magistrado devolverá os autos ao órgão do Ministério Público, para que seja instaurado o incidente de execução perante ao juízo da execução penal. Ainda é válido destacar que a vítima deve ser intimada da homologação do acordo, assim como de seu eventual descumprimento.

Também poderá o magistrado, caso considere insuficientes, abusivas ou inadequadas as condições ao acordo, devolver os autos ao *Parquet* para que seja reanalisada e reformulada a proposta. Destaque-se que essa nova tratativa deve ter a anuência do investigado, assim como do seu defensor.

Silva (2020, p. 394) assinala que “[...] trata-se de regra similar à da colaboração premiada, que permite ao juiz recusar a homologação da proposta de colaboração que não atender aos requisitos legais, devolvendo-as às partes para as adequações necessárias”.

Por fim, também poderá o juiz recusar homologar a proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação outrora citada. Lima (2020, p. 286) pondera, porém, que não poderá o magistrado intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo, o que, indubitavelmente, violaria o sistema acusatório e a imparcialidade objetiva.

Com isso, se o julgador recusar homologar o ANPP, caso haja interesse por parte da defesa ou do Ministério Público, o ato deve ser impugnado por meio do Recuse em Sentido Estrito (RESE), disposto no art. 581, XXV, do CPP.

Haverá, também, uma audiência perante ao juízo das execuções, cujo objetivo será o de decidir sobre o cumprimento das condições outrora acordadas, bem como o de declarar a extinção da punibilidade, caso seja verificado o cumprimento de absolutamente todas as cláusulas da proposta do ANPP. Isso é o que diz o art. 28-A, §13 do CPP, que se caracteriza por ser uma norma de natureza híbrida (mista), com claros efeitos claramente penais.

Por outro lado, ante a negativa injustificada por parte do *Parquet* de oferecer a proposta do acordo de não persecução e se o investigado tiver interesse, a sua defesa técnica poderá requerer a remessa aos autos ao órgão superior, cuja solução final da controvérsia caberá ao Procurador Geral de Justiça ou à Câmara de

²⁹ Por força da medida cautelar proferida pelo Min. Luiz Fux nas ADIs n.º 6.298, a eficácia da figura do juiz das garantias encontra-se suspensa por tempo indeterminado.

Coordenação e Revisão responsável.³⁰⁻³¹ A instância de revisão criminal se comportará de uma das maneiras expressas a seguir: I – oferecerá denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designará outro membro para complementá-la; III – reformulará a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manterá o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

5.6 DO DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Ao ser acordada a avença, o agente assume a responsabilidade de cumprir todas as obrigações estipuladas e, em contrapartida, o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia contra o investigado. O raciocínio contrário é verdadeiro: em caso do descumprimento injustificado das condições do ANPP, estará sujeito ao oferecimento da denúncia por parte do *Parquet*.

O art. 28-A, §10, do CPP reza que: “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”.

Lima (2020, p. 286) complementa que: “[...] conquanto a execução do acordo seja feita perante o juízo da execução penal – art. 28-A, §6º, *in fine*, do CPP –, a rescisão do acordo é da competência do juízo competente para a homologação”.³²

Todavia, cumpre frisar que antes da rescisão, a melhor doutrina compreende que deve ser oportunizado ao agente o direito ao contraditório³³, seja pelo próprio Ministério Público, a fim de elucidar melhor as razões do descumprimento da avença e, sobretudo, por parte do juízo, o qual deve possibilitar que o investigado se pronuncie acerca da promoção do *Parquet*.

A propósito, além de o órgão ministerial poder oferecer a denúncia, o CPP em seu art. 28-A, §11, menciona que a conduta de descumprir o acordo de não

³⁰ De forma similar ocorre quando existe a recusa injustificada de oferecimento da proposta de transação penal e suspensão condicional do processo, conforma a Súmula n.º 696 do STF.

³¹ Neste caso, sob hipótese alguma deve o magistrado oferecer a proposta de ANPP ao acusado, sob pena de afronta direta ao sistema acusatório.

³² Também se posicionou nesse sentido o CNPG e o GNCCRIM, pelo Enunciado n.º 28: Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal”.

³³ Sobre o assunto, Silva (2020, p. 397) acertadamente defende que “[...] no processo penal, tanto acusação quanto defesa técnica não só podem como devem participar, ou melhor, ter a oportunidade de cooperar, na construção da decisão judicial. Dentro da perspectiva de cooperação e influência impõe-se ao juiz o dever de clarificação e de consideração da contribuição das partes na relação processual. O diálogo do juiz com as partes, sempre que antever a possibilidade de utilização de fundamento ou qualificação jurídica diversa reflete a construção de um processo democrático”.

persecução poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa robusta para o não oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo. O raciocínio é de fácil compreensão: deu-se a possibilidade de o investigado agir com correição, cautela e disciplina com vistas ao *Parquet* não oferecer denúncia e ser decretada extinta a sua punibilidade e, mesmo assim, o agente não demonstrou responsabilidade. Perdeu, portanto, a oportunidade e não caberia ao Estado dar outra possibilidade de repreensão do comportamento menos gravosa, sobretudo pela probabilidade do comportamento se repetir.

6 OS PRINCIPAIS PONTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

6.1 NATUREZA JURÍDICA: PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DIREITO SUBJETIVO DO INVESTIGADO?

O ANPP possibilitou a ampliação da justiça consensual no Brasil na medida em que legitimou o acordo entre o acusado e *dominus litis*, com o objetivo de inviabilizar a *persecutio criminis in judicio*.

Tal qual os intensos debates travados acerca da natureza jurídica dos institutos despenalizadores contidos na Lei dos Juizados Especiais Criminais, pode-se observar a discussão caminhando no mesmo sentido quanto ao acordo de não persecução: seria, pois, direito subjetivo do acusado ou discricionariedade do *Parquet*?

Suscitou-se, portanto, inúmeros pontos controvertidos acerca do tema e o debate *in casu* se expandiu de tal modo que até o presente momento inexistente consenso doutrinário, sendo notadamente o ponto fulcral de acaloradas contendas.

De um lado, conforme defende Lopes (2020, p. 321), há o argumento de que o ANPP se trata de direito público subjetivo³⁴ do investigado, visto que em estando presentes os requisitos legais, resta comprovada a suficiência para que o imputado obtenha direito às benesses do acordo.

Também nesse sentido, conforme explanou Masi (2020, p. 278) o candidato tem uma faculdade jurídica, a partir da norma, de pleitear o ANPP e o Estado-juiz, como garantidor de direitos fundamentais, tem a obrigação de viabilizar este acesso, desde que requerido pelo seu titular.

Por fim, essa lógica parte do pressuposto de que competiria ao investigado postular ou não o reconhecimento de um direito próprio e não ficar refém da oferta (ou não) do acordo por parte do Ministério Público.

O debate sobre a questão também encontra respaldo na defesa de que o acordo de não persecução penal pode ser compreendido como direito subjetivo mitigado do investigado. É o que defende Nidal Ahmad (2020, Youtube) ao discorrer

³⁴ Sobre o tema, Donizetti e Quintella (2020) conceituam que: “[...] o **direito subjetivo (right)** refere-se a uma faculdade incorporada à chamada esfera jurídica do sujeito em decorrência de previsão do direito objetivo. Cuida-se de a faculdade de um sujeito realizar uma conduta comissiva (ação) ou omissiva (omissão) ou exigi-la de outro sujeito. Do direito subjetivo dizem os romanistas: *ius est facultas agendi* (direito é a faculdade de agir). Por se tratar de faculdade, o exercício efetivo de um direito subjetivo **depende da vontade do próprio sujeito**; ninguém pode forçar outrem a exercer direito subjetivo.

que não é razoável considerá-lo, uma vez preenchidos os requisitos legais, um direito absoluto do acusado e, por outro lado, também não há de se acatar que fica à discricionariedade completa e imotivada do *Parquet* a decisão sobre a propositura ou não da proposta de acordo.

Nesse sentido, argumenta que do art. 28-A do CPP, sob a análise de uma interpretação literal, extrai-se que o Ministério Público “poderá” propor o ANPP, e não que “deverá” – o que enfraquece a tese do acordo possuir natureza de direito público subjetivo do investigado.

Diante do exposto, em concordância com essa segunda proposição no tocante à natureza jurídica do acordo de não persecução, o vocábulo “poderá” transmitir a ideia de ser uma faculdade do titular da ação penal em propor o acordo, o que não significa dizer, entretanto, que o Ministério Público tenha o aval para agir de modo arbitrário, notadamente nas hipóteses em que julgar incabível a oferta do ANPP. Nestes casos, pondera o doutrinador que o *Parquet* tem o dever institucional e constitucional de justificar de maneira arrazoada e convincente as devidas razões técnicas que respaldem e deem subsídio jurídico a sua conduta.

Antagonicamente aos posicionamentos acima levantados, não se pode negar que a interpretação que mais se amolda à ideia do instituto é a de que o acordo de não persecução penal é um poder-dever do Ministério Público, haja vista que compete ao titular da ação penal analisar a possibilidade de aplicação do ora mencionado instituto, desde que o faça de forma fundamentada.

Barros (2019) habilmente arremata dizendo que é peremptório afirmar que o art. 28-A do CPP não é um direito subjetivo do réu, mas um poder-dever do Ministério Público. Sustenta o argumento ao comparar o presente instituto com o da suspensão condicional do processo, ao entender que “[...] guarda profundas semelhanças com o escólio que vem sendo adotado em relação a suspensão condicional do processo, notadamente por nossas Cortes Superiores”.³⁵

³⁵AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MENÇÃO AO FATO DE QUE O RECORRENTE OSTENTA AO MENOS 3 (TRÊS) OUTRAS APREENSÕES DE MERCADORIAS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA REGISTRADAS NOS ÚLTIMOS 5 (CINCO) ANOS.CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que se nega provimento ao recurso em habeas corpus, quando não evidenciado constrangimento ilegal decorrente da ausência de proposta de suspensão condicional do processo.

2. No caso, o Ministério Público Federal deixou de oferecer proposta de suspensão condicional do processo, ao argumento de que o recorrente possui ao menos 3 (três) outras apreensões de

Para essa corrente, frente à recusa do órgão ministerial, de modo injustificado ou insuficiente, em propor o acordo ao investigado que cumpriu devidamente os requisitos exigidos pela lei, deve-se remeter os autos ao Procurador Geral da Justiça, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP – é o que fiz o enunciado 696³⁶ da Súmula do STF.

Outra não deve ser a exegese a não ser a de que terminologicamente e materialmente essa é a corrente a qual demonstra prontamente que o oferecimento do acordo de não persecução não é uma mera faculdade do Ministério Público, mas sim, de fato, salienta que a questão é de alta complexidade, não se enquadrando exclusivamente a atuação ministerial como ato vinculado ou ato discricionário, mas sim como um poder-dever que deve ser instituído de forma a observar a legislação e também o caso concreto.³⁷⁻³⁸

Com efeito, com a discricionariedade regrada – poder dever – o Ministério Público poderá não formular a proposta de ANPP ao investigado, desde que pondere e fundamente de modo prévio se o acordo é “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” naquele caso em debate.

mercadorias de procedência estrangeira registradas nos últimos 5 (cinco) anos, a denotar que sua conduta social demonstra não estar adimplido o requisito previsto no art. 77, II, o Código Penal, c/c o art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

3. Este Superior Tribunal tem decidido que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada (AgRg no AREsp n. 607.902/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 17/2/2016).4. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 74.464/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017).

³⁶ “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP.”

³⁷ As lições de (SOUZA; DOWER, 2019, p. 150) caminham exatamente rumo ao encontro do explicitado neste parágrafo: “não se pode imaginar a realização do acordo de não persecução penal como ato vinculado, sob pena de se acabar com a pretendida consensualidade do instituto e mais, estabelecer-se um autêntico princípio da obrigatoriedade às avessas. A doutrina menciona a existência de uma discricionariedade ou oportunidade regrada (até porque não podem ocorrer arbitrariedades), pois somente é lícita ao Ministério Público a celebração da avença, desde que previstos diversos requisitos expressamente previstos e detalhados pelo CPP e pela Resolução 181/2017”.

³⁸ Nesse mesmo sentido, relembra o Boletim Criminal Comentado n° 112 do MPSP do voto do então Min. Ayres Britto, do STF, em julgado que versava sobre a suspensão condicional do processo, mas em razão da natureza jurídica do instituto, pode ser usado em comparação com este caso: “não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o sursis processual. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela.” (HC 84.342/RJ, 1ª Turma).

Por fim, também endosso os dizeres de Dower e Souza (2019, p. 149) ao postularem que o acordo de não persecução penal é, em verdade, solução de comprometimento. Por essa razão, deve haver necessariamente a participação ativa das partes, na medida em que é por essa via que se pode criar um espaço efetivo de convergência de vontades e real consenso entre os envolvidos.

6.2 CONFISSÃO: FINALIDADE, (IN)EXISTÊNCIA DE PLEA BARGAINING, USO EM EVENTUAL AÇÃO PENAL SUBSEQUENTE E INCIDENTAL OU CIRCUNSTANCIADA?

Antes de adentrar ao mérito das controvérsias envolvendo a temática, cabe lembrar que a confissão formal e circunstancial por parte do investigado é requisito obrigatório para a celebração do acordo de não persecução penal. Nesse contexto, a sua indispensabilidade para a formalização do ANPP foi o ponto nevrálgico responsável por derivar amplas discussões constitucionais e processuais.

De plano, Dower e Souza (2019, p. 177) traçam o seguinte delineamento: uma das finalidades precípua da confissão no acordo de não persecução encontra guarida basicamente no fato de produzir no confitente um novo “[...] *mindset* de efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e de comportamento”.

Essa ideia seria de extrema relevância, pois está inteiramente interligada ao pressuposto de que o primeiro passo para que uma conduta errônea seja corrigida, é a plena tomada de consciência, racionalização e admissão por parte do agente no que tange a sua ilicitude. A confissão seria, em princípio, um verdadeiro meio para a concretização do direito penal preventivo e educativo.

Para corroborar com essa inteligência, os ora mencionados autores (2019, p. 177) reforçam-na ao dizerem que ao oportunizar o direito ao arrependimento, a confissão aumenta o senso de responsabilidade e comprometimento do confitente com o ato, o que termina por reforçar positivamente a confiança no cumprimento íntegro e sem ressalvas das condições estabelecidas no ANPP.

Outro objetivo importante da confissão consiste em dificultar ao máximo que o acordo de não persecução seja celebrado por sujeitos cujas provas existentes na fase pré-processual não indiquem ou confluem para comprovar, no mínimo, a sua participação no ato delituoso. Em suma, tem a finalidade de evitar que o ANPP seja acordado por pessoas alheias à autoria ou participação na infração penal. Nesse sentido reforça Dower e Souza (2019, p. 177) que o interesse é o de:

[...] assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva, de modo a evitar a precoce celebração de acordos desprovidos de provas que indicassem a participação do confitente na infração penal, além de reforçar a confiança de que será efetivamente cumprido.

Encerrada essa questão, passaremos à análise de que a celebração do acordo de não persecução, conforme alega Souza (2020, p. 178) “[...] não enseja assunção de culpa, e por isso não pode ensejar julgamento antecipado do caso”. Por essa razão, não há de ser confundido com o instituto norte-americano do *plea bargaining* (acordo de barganha), já que este, no dizer de Albergaria (2007, p. 20) contemplará sempre a assunção de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).

Portanto, há de se diferenciar o objetivo, a teleologia e a consequência da confissão tratada no *plea bargaining* e no acordo de não persecução penal. O acordo de barganha se pauta na irreversibilidade da assunção da culpa do investigado, bem como na possibilidade de aplicação da sanção penal escolhida logo após, imediatamente, a celebração.

Já o acordo de não persecução, não chega sequer a possibilitar a assunção de culpa porque, nos dizeres de Sanches (2020, p. 116) a culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. Aqui, nem processo há, notadamente em razão do ANPP ser um procedimento administrativo pré-processual. Por este motivo, evidente que também não há de se falar também em aplicação de pena ao acordo de não persecução, especialmente em razão da lição tradicional da doutrina sobre a jurisdicionalização da pena, ou seja, a imposição de sanção penal só e somente só é possível por intermédio de ação judiciária, o que não se amolda ao presente caso.

O acordo de não persecução penal e o *plea bargaining* são evidentemente instrumentos inconfundíveis e diametralmente opostos. Entretanto, o importante e reconhecido Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), na figura de Dotti e Scandelari (2019, p. 5) fez uma completa confusão acerca da comparação inverossímil entre ambos os institutos no artigo intitulado de “acordo de não persecução penal e de aplicação imediata da pena: o *plea bargain* brasileiro”.

Pelas razões acima elencadas, vê-se que a aparente confusão entre os institutos não merece prosperar, a começar pela inexistência completa e absoluta das

premissas básicas do acordo de barganha – assunção de culpa e aplicação imediata da pena – no acordo de não persecução penal brasileiro.

Superada essa questão, é de extrema relevância trazer à tona o debate acerca da possibilidade de utilizar a confissão proferida no ANPP em eventuais futuras ações penais.

Lima (2020, p. 281) defende que “[...] a confissão constitui a contribuição que o investigado faz à investigação criminal e eventual futuro processo – em caso de descumprimento das condições pactuadas”. Por outro lado, entendo que a tese mais adequada é defendida pela doutrina majoritária, a exemplo de Mazloum (2020), no sentido de que a confissão não poderá ser usada como prova contra o investigado no curso de eventual processo, sobretudo pela situação se assemelhar a de colaboração premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser usadas em desfavor do réu colaborador.

Da análise feita outrora acerca da lógica epistêmica e teleológica da confissão aplicável ao acordo de não persecução, reforça-se mais uma vez que esta não enseja a assunção de culpa, tendo como uma das suas razões de ser a possibilidade de promover o efeito psíquico no investigado de responsabilização acerca dos atos praticados, jamais de culpa.³⁹

Por isso, outra não deve ser a interpretação a não ser a da impossibilidade de se utilizar a confissão em eventuais ações penais. Se isso ocorrer, há um grave rompimento com o processo penal acusatório, bem como com os princípios do *nemo tenetur se detegere* (“não produzir provas contra si mesmo”), do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, Castro e Netto (2020) brilhantemente explanam que se mostra completamente inadequada a confissão realizada para fins de celebração do ANPP como elemento de prova. Isso porque, conforme de modo acertado pontual, a confissão é efetuada sem que o contraditório tenha sido de fato instaurado, já que sequer formulou-se uma acusação formal.

Essa questão vem também ao encontro do último ponto controvertido travado no que tange a modalidade da confissão no acordo de não persecução: deve ser incidental ou circunstancial? Pois bem, parte minoritária da doutrina defende que a

³⁹ Sob pena de ferir o devido processo legal, visto que para ser reconhecida, a culpa deve, necessariamente, ser analisada sob o crivo jurisdicional. O que não é o caso do ANPP, por se tratar de procedimento administrativo extra judicial.

confissão deve ser meramente incidental, sem necessidade de ser completa ou detalhada, bastando que o investigado admita o cometimento do crime.

Por outro lado, corretamente a tese majoritária entende que quando o legislador escolheu o vocábulo “circunstancial” para se referir a confissão, estaria, na verdade, fazendo referência a “circunstanciada”, ou seja, de que necessariamente a confissão deveria trazer à tona a versão detalhada dos fatos, de modo minucioso, de maneira de explanar os pormenores do delito.

Insta destacar que a confissão do investigado não pode suprir a deficiência da investigação. Pelo contrário. É do confronto com as outras provas acostadas ao procedimento que deve ser valorada a validade da confissão, ao passo que esta deve manter a coerência com as outras provas colhidas.

No meu entender, jamais a confissão poderia ser utilizada de modo incidental⁴⁰, sobretudo por ir de encontro a sua finalidade verdadeiramente educativa de proporcionar responsabilização consciente do investigado, além de ser eticamente questionável, ao passo que abre margem para que o agente, de maneira oportunista e inconsequente, sinta-se compelido a fazê-la tão somente com vistas a obtenção do benefício do ANPP.

Se assim o for, banaliza-se o acordo de não persecução, que deve pautar-se exclusivamente em ser um meio para a efetivação e otimização da tutela penal.

Por fim, há de se mencionar a pontuação feita por Sanches (2020, p. 116) de que a Resolução n.º 181/2017 determina que a confissão detalhada dos fatos, bem como as tratativas do acordo devem ser registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual. Entretanto, o Pacote Anticrime não exigiu que essas formalidades fossem efetuadas, mas, importante destacar que na medida do possível, devem ser observadas.

6.3 ASPECTOS INTERTEMPORAIS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: RETROATIVO OU IRRETROATIVO?

A priori, importante esclarecer que a possibilidade de aplicação do art. 28-A do Código de Processo Penal a processos em curso tem sido objeto de intensos

⁴⁰ Sobre o assunto, Dower e Souza (2019, p. 177) afirmam que a confissão incidental não merece prosperar, tendo em vista que “[...] ocorre quando o arguido se declara culpado porque sabe que, fazendo-o, poderá obter um tratamento mais favorável do MP e/ou do juiz ou porque, indo a julgamento, a lei sanciona de modo mais severo o seu comportamento.” Além disso, os autores destacam que a confissão estruturalmente induzida não merece prosperar, em razão da *opinio delict* do MP para a propositura da ação penal deverá estar previamente formada antes da propositura do acordo.

debates doutrinários e jurisprudenciais relativamente à sua natureza e conseqüente retroatividade mais benéfica.

Em verdade, trata-se de questão constitucional e regulada pelo art. 5, XL, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Em razão disso, debate-se a potencial aplicação deste dispositivo também a normas de natureza mista, bem como a normas processuais com conteúdo material.

Observa-se divergência entre as turmas do STJ e possivelmente há de se ter visões distintas também na seara do Supremo Tribunal Federal.

A Quinta Turma⁴¹ do Superior Tribunal de Justiça tem defendido a aplicação do ANPP em processos em curso somente até o recebimento da denúncia. De modo oposto tem assentado a Sexta Turma⁴² do STJ, ao aceitar a aplicação do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado da condenação, tese esta que também é acompanhada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.⁴³

Importante salientar que a Primeira Turma⁴⁴ do STF, na Sessão Virtual de 30 de outubro de 2020 a 10 de novembro de 2020, por unanimidade, fixou a tese de que o acordo de não persecução penal se aplica a fatos ocorridos antes da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Como é de se observar, a jurisprudência não é uníssona quanto ao assunto e, ao considerar a potencial ocorrência deste debate em número expresso de processos, bem como a possível divergência jurisprudencial da Corte sobre o assunto

⁴¹ Conforme decisão proferida no EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020: “Da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau”.

⁴² Isso é o que diz o julgamento do AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020: “o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)”.

⁴³ Nesse sentido, a decisão do TRF 4, Correição Parcial 5009312- 62.2020.4.04.0000, Des. João Pedro Gebran Neto, Oitava Turma, DJe 14.5.2020: “o acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in mellius*, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as conseqüências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. 3. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. no 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5a Turma). 4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP”.

de tamanha magnitude, o Min. Gilmar Mendes, em decisão de 22 de setembro de 2020, impôs a manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a fim de assegurar-se a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões processuais.

Portanto, a análise quanto a retroatividade e potencial cabimento do ANPP é de interpretação constitucional, com significativo interesse jurídico e social.

Como esta questão ainda aguarda julgamento pelo Plenário da Suprema Corte, passemos a análise do também efervescente debate doutrinário.

Lopes (2020) se posiciona no sentido de que, ao criar uma causa extintiva da punibilidade, o ANPP adquiriu natureza mista, devendo retroagir para beneficiar o réu, devendo ser aplicado a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei.

Em semelhante visão há a doutrina de Cunha (2020, p. 191) ao asseverar que, caso haja processo em curso, com denúncia recebida antes do início da Lei Anticrime, seria possível a propositura do ANPP, inclusive na audiência de instrução e julgamento.

Parte substancial da doutrina e dos que militam na advocacia criminal dizem que debate semelhante ocorreu com a Lei n.º 9.099/95 e dos institutos despenalizados, sobretudo da suspensão condicional do processo.

O Supremo Tribunal Federal, à época, fixou um significativo presente que, segundo De Deus e Lopes (2020) solucionam a controvérsia em comento, por aplicação analógica.

Pois bem, os referidos autores sustentam que o Pretório Excelso, na 1ª Turma, HC 74.463-0, rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/03/1997, qualificou a suspensão condicional do processo como sendo norma de natureza jurídica híbrida e, em razão disso, se submeteria à retroatividade, à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal. Além disso, condicionou a retroatividade à inexistência de decisão condenatória, ainda que recorrível.

Em sentido contrário tem Fisher (2020) que, a priori, reconhece a incidência do acordo de não persecução aos fatos ocorridos anteriores à vigência da Lei Anticrime. No entanto, parte do pressuposto que, ao ser o ANPP uma norma de natureza híbrida, deve haver sua compatibilização com *o tempus regit actum*, ou seja, deve haver a admissão de limitações intertemporais.

Sobre a decisão do HC 74.463-0 outrora citado, Fisher (2020) pondera que o entendimento pleiteado acima não merece prosperar. Isso porque parte de uma interpretação exclusiva da ementa⁴⁵, mas não dos fundamentos e do decidido.

⁴⁵ E M E N T A: INQUERITO - QUESTÃO DE ORDEM - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL - EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91), QUE INSTITUIU OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA - NORMA PENAL BENEFICA - APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS PENAS ORIGINARIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. - A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). - A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da persecutio criminis in iudicio quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina. LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENEFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva às premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, paragrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a lex mitior uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata. PROCEDIMENTOS PENAS ORIGINARIOS (INQUERITOS E AÇÕES PENAS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAS - APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). - A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna consequentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. O âmbito de incidência das normas legais em referencia - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado. (Inq-QO 1055, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 24/04/1996, publicado em 24/05/1996, Tribunal Pleno)

Em resumo, Fisher (2020) aduz que o caso se tratava, primordialmente, de discutir sobre a necessidade de representação do ofendido nos crimes de lesões corporais, notadamente em decorrência da norma mais benéfica que foi instituída pelo art. 91 da Lei n.º 9.099/95.

Importante é ressaltar que se estava solucionado uma questão em que não havia ação penal, diferente do caso concreto resolvido pela 6ª Turma do STJ.

Limitando-se ao objeto do debate do julgamento do HC 74.463-0, 1ª turma, rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/03/1997 – de exigir-se ou não representação do ofendido e se incidia sobre casos com *prerrogativa de foro*, e não sobre a aplicabilidade da transação penal ou da suspensão processual – o Supremo concluiu que:

independentemente do órgão judiciário ou da instância jurisdicional perante os quais tenham curso ou hajam sido instaurados os procedimentos penais que se lhes aplicam, de imediato as normas materiais de conteúdo penalmente benéfico, como aquelas consubstanciadas nos arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95, concernentes à necessidade de representação do ofendido nos delitos de lesões corporais leves ou de lesões corporais culposas.

Extraí-se do fragmento acima que não se suscitou as ações penais, mas sim procedimentos penais, que ambos são caracterizados por se situarem em fases distintas: àquelas se localizam na fase processual e estes, no âmbito pré-processual, notadamente investigativo.

O autor pontua que o julgado fala em normas estritamente material, tanto é que, logo *a posteriori*, outra vez mencionou a possibilidade de estender os preceitos em causa a procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários decorre do fato de que as regras consubstanciadas nos arts. 88 e 91 da Lei n.º 9.099/95 qualificarem-se como prescrições de natureza penal e de conteúdo material.

A partir da análise minuciosa do julgado, Fisher (2020) concluiu que:

Em nenhum momento o STF assentou, nesse julgado, que as regras do art. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 se aplicariam às ações penais em andamento. Como visto, o tema central era outro (da exigibilidade ou não de representação do ofendido em caso que tramitava sem ação penal, era um inquérito, ou, na lítera do julgado, um procedimento processual penal). O STF expressamente distinguiu hipóteses de procedimento penal (investigação) e ação penal. Reconheceu-se (corretamente) que, de forma geral, as regras da Lei nº 9.099/95 possuem caráter mais benéfico sob o aspecto penal. Em nenhum momento assentou que as regras referentes à transação penal seriam aplicadas de forma retroativa e de forma indistinta.

Fisher (2020) segue a argumentação e aborda a necessidade de também se analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 1.719⁴⁶, de 18 de junho de 2001. Alertou que o voto-condutor se posicionou no sentido de observar que a Lei 9.099/95 tem natureza mista e, portanto, para a concreta aplicação do princípio da retroatividade da norma penal benéfica, não poderia o legislador conferir o mesmo tratamento para todas as normas dispostas na lei dos juizados especiais.

Nos dizeres de Fisher (2020), há de se pontuar “[...] ainda o que disse o então relator da Medida Cautelar na ADI 1.719, Ministro Moreira Alves, em seu voto proferido em 3.12.1997”:

não há relevância da fundamentação do pedido de liminar no tocante a que o disposto no artigo 90 da Lei 9.099, de 26.5.95, só se aplica às normas estritamente processuais desse diploma legal, não alcançando as de conteúdo penal, em virtude do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna [...].

O autor conclui pelo posicionamento de que: “[...] está bem claro que o STF examinou a limitação imposta pelo art. 90 da Lei n.º 9.099/95 (norma estritamente processual) em relação às regras *exclusivamente penais* a Lei n.º 9.099/95, excluindo a extensão da decisão para os casos de regras *híbridas*”.

Após trazida a tese e a antítese, o momento é oportuno para a síntese. Pois bem, o ANPP ao tratar-se de norma mista, em relação à retroatividade, esta não é absoluta.

Se assim o fosse, restaria esvaziado o sentido da norma híbrida. Portanto, em razão da expressa natureza do instituto, deve haver, de fato, uma compatibilização entre a retroatividade e o *tempus regit actum*.

⁴⁶PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU.

O art. 90 da Lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada.

Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade.

Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição Federal.

Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei.

(STF – ADI: 1719 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de julgamento: 18/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 09-8-2007 PP – 00029 EMENT VOL – 0228302 PP – 00225 RB v. 19, n 526, 2007, p. 33-35.)

Por entender que a conciliação entre os institutos ocorre em consonância com o entendimento que vem prevalecendo, em tese, no Supremo Tribunal Federal, posiciono-me no sentido unânime da 1ª turma do STF, bem como acosto-me aos argumentos lógicos proferidos por Fisher, em decorrência da compreensão de que, em razão natureza processual e penal do instituto, deve haver aplicação retroativa de modo obrigatório em todas as hipóteses em que a denúncia ainda não tiver sido oferecida pelo órgão acusatório, independente do momento da prática da infração penal, em atenção ao art. 2º do CPP: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

No mais, até a finalização desta produção acadêmica, a fatídica questão de ordem ainda não foi julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, de modo que a controvérsia persiste.

6.4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO É PASSÍVEL DE SER CELEBRADO DURANTE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?

Muito embora o Código de Processo Penal tenha ficado silente acerca do assunto, a Resolução n.º 181/2017 do CNMP prevê a possibilidade do acordo de não persecução penal ser celebrado durante a audiência de custódia.

Entretanto, algumas ponderações merecem destaque. Na audiência de custódia, não é permitido que o preso seja questionado acerca do mérito do delito. Como bem pontua Lima (2020, p. 274) ao verificar que a celebração do ANPP pressupõe a confissão formal e circunstanciada do delito, resta por incontroverso que essa confissão sob hipótese alguma poderia dar-se no mesmo ato jurídico da referida audiência, sob pena de transformá-la em um interrogatório judicial antecipado.

A crítica merece prosperar. Em que pese me acoste a essa tese, também reconheço que o órgão acusatório poderá aproveitar-se do momento da audiência de custódia para, em ato separado, porém na mesma oportunidade, eventualmente propor e celebrar o acordo. Ao ser firmado, outro não deve ser o entendimento a não ser o de que o preso deverá instantaneamente ser posto em liberdade. Nesse sentido também pondera Lima (2020, p. 274).⁴⁷

Outra consideração importante, é àquela que Barros (2017) teceu acerca do tema quando disse que em razão da celeridade em que é realizada a audiência de

⁴⁷ autor (2020, p. 274) traz à tona que “[...] há de se verificar se o Promotor responsável pela proposta e celebração do acordo, assim como o magistrado responsável pela homologação da avença, são, respectivamente, o promotor e o juiz natural do caso, sob pena de manifesta violação ao art. 5º, LIII, da CF”.

custódia e o decurso temporal em que o órgão ministerial possa levar para verificar atentamente os fatos permissivos e impeditivos do ANPP, na práxis, nem sempre será possível firmar o acordo de não persecução neste momento.

Essa é uma reflexão importante, já que aborda contornos práticos referente as possíveis dificuldades que serão encontradas para que o ANPP seja celebrado durante a audiência de custódia.

Por fim, há de ser observado que a confissão minuciosa dos fatos e as tratativas do ANPP deverão ser registradas por gravação audiovisual, a fim de que seja prezado pela correição, fidelidade e transparência das informações ali mencionadas.

6.5 É POSSÍVEL A CELEBRAÇÃO DO ACORDO PELOS RÉUS QUE SE ENCONTRAM PRESOS?

Em princípio, destaque-se que não há vedação legal para que seja realizado o acordo de não persecução penal aos réus presos.

Convém ressaltar, porém, que sob a ótica da prática, é difícil que esta situação ocorra, dada a reduzida periculosidade dos delitos em que seria possível a celebração do ANPP, bem como da necessidade de se verificar condições pessoais favoráveis do investigado para o seu cabimento.

Como exemplo, Dower e Souza (2019, p. 176) citam o caso em que houvesse a decretação da segregação cautelar por não estar o investigado devidamente identificado por ocasião da audiência de custódia, conforme reza o art. 312 do CPP.

Desta feita, em o advogado do investigado comparecendo com os devidos documentos de identificação deste, nada obsta que o Ministério Público requirite a apresentação do encarcerado e realize o acordo de não persecução, desde que presentes os requisitos necessários e ausentes às causas de afastamento.

Neste caso, deve o membro do MP pugnar pela revogação da prisão, por manifesta ausência dos requisitos para a prisão preventiva, inclusive instruindo o requerimento com a cópia do acordo firmado com o investigado.

Cumprido examinar, ainda, que se o juiz indefira o pedido de revogação por motivos pessoais de não anuir com a proposta de acordo, se estará diante de constrangimento ilegal da manutenção da prisão e, para isso, cabe sanar a ilegalidade por meio da impetração do *Habeas Corpus*, seja pelo membro do *Parquet*, seja pelo investigado.

6.6 É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DO ANPP QUANDO HÁ CONCURSO DE CRIMES?

Este ponto apresenta ampla divergência doutrinária. Por um lado, há a tese tipicamente defendida pelos membros do Ministério Público, a exemplo de Dower e Souza (2019, p. 160) os quais afirmam, que não se deve pleitear a celebração do ANPP quando a somatória das penas mínimas das infrações cometidas tanto em concurso material⁴⁸, bem como a elevação em decorrência do concurso formal⁴⁹, até mesmo continuidade delitiva⁵⁰, ultrapassar o quantum mínimo para o número superior a 4 (quatro) anos.

O argumento, acertadamente, encontra substrato na possibilidade de aplicar também ao ANPP a Súmula n.º 243 do STJ, que versa sobre a suspensão condicional do processo, leia-se: “[...] o benefício da suspensão condicional não é aplicável em relação às infrações cometidas em concurso material, formal ou delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar 1 ano.”

Por outro lado, há a posição a qual defende Gomes (2020) no sentido de que, em se tratando de concurso material de crimes, deve-se considerar cada uma das penas cominadas aos crimes praticados de forma autônoma, e não a soma delas. Este raciocínio se aplicaria, em tese, a crimes em que há concurso formal de crimes e em continuidade delitiva.

Dessa forma, por óbvio, não se afiguraria cabível a aplicação por analogia da Súmula n.º 243 do STJ, sob a grave pena de ser imposta situação mais gravosa ao investigado.

Outro debate interessante aqui travado, é acerca da seguinte pergunta trazida por Lopes e Josita (2020): “[...] quando a *fração da causa de aumento ou de*

⁴⁸ Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

⁴⁹ Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

⁵⁰ Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

diminuição a incidir sobre o mínimo da pena em abstrato for variável, aplica-se a maior ou a menor fração para aferir se o agente faz jus ao ANPP?”

Para os autores, acertadamente, deve-se considerar, na causa de aumento, a fração que menos aumentar a pena mínima e o mesmo raciocínio aplica-se também quanto às causas de diminuição.

Entretanto, pontue-se que o art. 28-A, §1º do CPP não especificou a maneira pela qual deveria ser efetuado o cálculo, restringindo-se a dizer que para a aferição da pena mínima cominada ao delito, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Importante citar o Enunciado n.º 29 do CNPG e GNCCRIM que prevê que para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o art. 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados n.º 243 e n.º 723⁵¹, respectivamente, do STJ e STF.

6.7 É POSSÍVEL A DIVISÃO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES EM CONCURSO DE PESSOAS COM PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ANPP POR APENAS UM INVESTIGADO?

Em primeiro plano, deve-se adentrar ao assunto controverso que divide entendimentos: a ação penal pública é orientada pelo princípio da divisibilidade ou indivisibilidade? A resposta a este questionamento será essencial para definir a controvérsia em comento.

A despeito disso, parte substancial da doutrina, a exemplo de Lopes (2008, p. 167), Filho (2008, p. 351), Lima (2009, p. 167) e Lima (2020, p. 326) entendem que se aplica o princípio da indivisibilidade à ação penal pública, tendo em vista o *Parquet* está obrigado a oferecer denúncia contra todos àqueles em que houver elementos probatórios robustos quanto a coautores e partícipes.

Isso porque, de acordo com estes autores, o princípio da obrigatoriedade rege a ação penal pública, de modo não seria admitido que o Ministério Público tenha discricionariedade para decidir quais acusados irão figurar no modo passivo, de modo que o órgão acusatório, se houver os elementos necessários, denuncie todos os envolvidos.

⁵¹ “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.”

Em que pese esse seja a tese mais forte, o doutrinador Feitoza (2010, p. 268) entende que o MP pode oferecer denúncia contra parte dos coautores e partícipes, sem que isso implique em prejuízo às investigações relativamente aos outros sujeitos envolvidos.

Esse também é o entendimento que se faz prevalente nos Tribunais Superiores. Rememore-se que o STJ⁵² já consagrou que o princípio da indivisibilidade aplica-se exclusivamente há ação privada, de modo que não incorre em nulidade caso o MP denuncie apenas alguns agentes do crime, desmembrando-se o processo quanto ao eventual coautor, com a finalidade de encontrar robustos elementos probatórios que subsidiem o oferecimento da denúncia deste.

Além disso, não é novidade que com a expansão da justiça consensual no Brasil⁵³, os princípios da indivisibilidade e obrigatoriedade da ação penal foram amplamente mitigados. É tão verdade que, na hipótese de haver concurso de agentes em uma infração de menor potencial ofensivo, configura-se plenamente possível que a proposta de transação penal seja aceita por tão somente um deles e, diante da situação, o processo criminal segue seu trâmite quanto aos demais envolvidos.

Com efeito, diante da ocorrência do concurso de pessoas em que tão somente um ou parte dos agentes preencheram os requisitos necessários à celebração do ANPP, nada obsta que o acordo seja firmado em relação aos que atenderam aos requisitos e o processo penal siga quanto aos outros sujeitos envolvidos que porventura não logram êxito no firmamento da avença.

Portanto, também não há de se falar em proibição para o aditamento da denúncia⁵⁴, em havendo o descumprimento da avença por algum dos beneficiados, com o objetivo de colocá-lo no polo passivo da ação, visto que também não há de se mencionar preclusão neste caso, em consonância com o art. 569 do CPP.

⁵² STJ, 6ª Turma, Resp 388.473/PR, Rel. Min. Paulo Medina, j. 07/08/2003, DJ 15/09/2003 p. 411. No sentido de que não se aplica o princípio da indivisibilidade à ação penal pública: STJ, 6ª Turma, RHC 34.233/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6/5/2014

⁵³ A exemplo da transação condicional do processo e da Lei n.º 9.099/95 e agora com a introdução ao processo penal pátrio do acordo de não persecução (art. 28-A do CPP).

⁵⁴ Sobre a temática, ponderam (Dower; Souza, 2020, p. 159): “[...] o aditamento com a inclusão do corréu deve ser feito dentro da perspectiva de que a medida mais útil para o julgamento conjunto de todos os réus na mesma ação penal. Caso o aditamento provoque tumulto processual ou retardamento indevido da marcha processual, como no caso do processo original encontrar-se na fase decisória, mais recomendável que seja evitado, de modo que o oferecimento de uma nova denúncia e, portanto, a deflagração de um novo processo penal, é a medida mais adequada. Essa é a teleologia do art. 80 do CPP”.

6.8 CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA IMPRÓPRIA E A POSSIBILIDADE DO ANPP

É bem verdade que a redação do art. 28-A, caput, do CPP diz que 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.

Eis, então, que surgiram os debates acerca de qual espécie de violência o referido artigo se remeteu. É sabido que a violência pode ser classificada como própria – real e aquela que ocorre mediante o dispêndio da força física – e a imprópria, que se consuma quando o agente reduz a possibilidade de resistência da vítima, por quaisquer outros meios.

A boa exegese se posiciona no sentido de ser possível a aplicação do acordo de não persecução penal nos casos de violência imprópria, sobretudo porque há hipóteses em que ainda resta por configurado delito de baixa/média gravidade, ainda que com o emprego da violência imprópria.

Para esclarecer, Dower e Souza (2019, p. 165) exemplificam uma das hipóteses em que se verifica a possibilidade de celebração da avença: o agente que subtrai bens de um edifício e, a posteriori, ministra sonífero na água do porteiro, o qual não sofre nenhum dano em sua saúde, para evadir-se em posse dos objetos frutos do crime. *In casu*, há furto consumado com a conduta de violência imprópria e, mesmo assim, seria plenamente possível o firmamento do acordo de não persecução.

6.9 É CABÍVEL A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO HOMICÍDIO CULPOSO E HOMICÍDIO CULPOSO DE TRÂNSITO?

De acordo com Sanches (2020, p. 262) “[...] o art. 18, II, do Código Penal aduz que o crime culposo consiste em uma conduta voluntária que realiza um evento ilícito não querido ou aceito pelo agente”.

Dito isso, é de extrema valia esclarecer os elementos estruturais do crime culposos, a começar pela necessidade de uma conduta humana voluntária, a qual é definida por ser uma ação ou omissão que causa um resultado involuntário. Em seguida, é imprescindível que haja uma violação do dever de cuidado objetivo, que ocorre quando o agente viola seu dever básico de diligência para com a sociedade.

Neste quesito é que se verifica se este dever foi violado em razão da imprudência⁵⁵, negligência⁵⁶ ou imperícia⁵⁷.

Ato contínuo exige-se também que haja o resultado naturalístico involuntário, o nexó entre a conduta e o resultado, o resultado involuntário previsível e, por fim, a tipicidade. Atendidos a esses requisitos, se estará diante de um crime culposó.

Conceituados e caracterizados os elementos da culpa, passemos à análise acerca do homicídio culposó e a viabilidade da celebração do acordo de não persecução.

Pois bem, de início, é de extrema valia salientar que a gravidade abstrata do crime não constitui motivação idônea para a recusa do ANPP e, ao menos em tese, é cabível a celebração da avença nos casos de crimes culposos com resultado violento, já que se infringiu o dever objetivo de cuidado em razão da negligência, imprudência ou imperícia, em que o resultado é involuntário, não desejado e não aceito pelo agente, muito embora previsível.

Acerca do tema, o Enunciado n.º 24 do CNCRIM, que se encontra em plena sintonia com a sistemática penal pátria, aduz que a violência apta impedir o firmamento da justiça consensual é aquela da conduta, não a do resultado. Por isso, é possível a celebração do ANPP nos crimes culposos com resultado violento, dado que nos delitos dessa natureza a conduta consiste na violação do dever de cuidado objetivo em decorrência do que já fora mencionado anteriormente.

Por esse motivo é que a violência ou grave ameaça designadas no art. 28-A do CPP só fazem referência aos crimes dolosos, jamais àqueles que foram praticados em razão da inobservância do dever de cautela, ainda que gerem resultados violentos não desejados, conforme os casos de homicídio culposó e homicídio culposó de trânsito.

Diante do exposto, ao agente incorrer no delito do art. 302, § 3º do Código de Transito Brasileiro, cuja pena mínima caracteriza-se por ser inferior a 4 (quatro) anos, pelas razões acima elencadas, a melhor doutrina brilhantemente entende que é possível o firmamento do acordo de não persecução penal, bem como relativamente

⁵⁵ Sobre isso, esclarece Sanches (2020, p. 264) que ao agir com imprudência, o “[...] agente atua com precipitação, afoiteza e sem os cuidados que o caso requer”.

⁵⁶ Segue o autor Sanches (2020, p. 264) mensurando que “[...] a negligência é a ausência de precaução. É a negativa – omissão (culpa in omitindo); o agente não adota a ação cuidadosa que se exige no caso concreto, daí advindo o caso lesivo”.

⁵⁷ Por fim, Sanches (2020, p. 264) diz que a imperícia é a falta de aptidão técnica para o exercício de arte ou profissão.

ao homicídio culposo, sob a condição de estarem presentes todas as condições de admissibilidade e ausentes as hipóteses impeditivas.

6.10 CRÍTICA À COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA EXECUTAR E ACOMPANHAR O CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DO ANPP

De início, cabe distinguir o acordo de não persecução penal e a execução penal. Conforme disposto no art. 28-A, §6º, do CPP, após a homologação judicial do ANPP, o magistrado devolverá os autos ao Ministério Público para que só então se inicie a execução perante o juízo das execuções penais.

Muito bem assevera Sanches (2020, p. 121) que esse formato legislativo merece críticas, visto que o acordo de não persecução “[...] não deveria ser executado na vara de execução criminal, pois não tem como objeto sanção imposta pelo Estado, mas condições voluntariamente pactuadas pelas partes”.

Como é sabido, a execução penal decorre da existência de uma sentença condenatória, como fidedigna consequência da ação penal. Em razão disso, consiste em uma pena decretada pelo Judiciário, em estrita observância as garantias processuais.

Por outro lado, já o ANPP é negócio jurídico extraprocessual, em que são estabelecidas obrigações em comum acordo bilateral, tanto que uma das consequências do seu descumprimento é a rescisão do acordo, o oferecimento da denúncia e, se esta for aceita, só então inicia-se a ação penal.

Desta feita, as condições avençadas no acordo de não persecução penal não são, sob hipótese alguma, conceitualmente compreendidas como penas. Estas são aplicadas pelo judiciário, após o trâmite do devido processo penal e, caso sejam descumpridas, legitimado está o poder judiciário para impor o seu cumprimento de modo coercitivo na esfera da execução penal.

O Supremo Tribunal Federal⁵⁸ já se manifestou acerca da diferença entre pena e condições de acordo adotadas nas medidas de caráter despenalizador e a

⁵⁸ HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade. **TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.** (STF, Segunda Turma, HC n. 79.752/GO, re. Min. Marco Aurélio, j. 29.02.2000,

jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que a sentença que homologa o acordo de transação penal é meramente homologatória. Isso significa dizer que, ao não ser condenatória, não pode haver conversão das condições do acordo em pena privativa de liberdade, caso seja descumprido. O entendimento aplica-se ao acordo de não persecução, tendo em vista que ambos são institutos jurídicos extremamente próximos e que, junto com a suspensão condicional do processo, formam um verdadeiro microsistema.

Outro ponto de diferenciação que merece ser mencionado é que a execução da pena está regrada à luz da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), o que também inclui medidas que visam a unificação da pena e de processamento único, em concordância com o Conselho Nacional de Justiça e TRF5.

Já na ótica do acordo de não persecução, de acordo com a disposição legal – art. 28-A, § 2º, inciso III, do CPP, veda a concessão do benefício para àqueles que se beneficiaram deste ou de quaisquer outras medidas despenalizadoras pelos últimos 5 (cinco) anos.

São inúmeros os motivos que diferenciam as condições firmadas no ANPP e as penas propriamente ditas, mas em decorrência da expressa previsão legal disciplinar que compete ao juízo das execuções fiscalizar o cumprimento das condições outrora acordadas, bem como de declarar a extinção da punibilidade, criou-se sérias problemáticas de ordem prática.

Uma delas é que o processo de acompanhamento acerca das condições acordadas via acordo de não persecução, não deve tramitar perante o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), em razão de que não deve ser tratado tal qual execução penal. É isso que se depreende da leitura atenta da Resolução n.º 280 do CNJ, em que no art. 3º dispôs que “[...] *a partir de 30 de junho de 2020, todos os processos de **execução penal** nos tribunais brasileiros deverão tramitar pelo SEEU*”.

Nesse mesmo sentido, há o Ato n.º 208/2019 do TRF-5 em que aduz que o SEEU se destina exclusivamente às condenações impostas aos presos. O acordo de não persecução penal, conforme exhaustivamente explanado, não é imposto, pelo contrário, é um acordo bilateral, extrajudicial e muito menos envolve a aplicação de penas.

Outra não deve ser a conclusão, portanto, a não ser a de que o instituto objeto de análise desta produção acadêmica não se trata de execução penal, portanto, na prática, não deve tramitar perante o SEEU, devendo o acompanhamento da sua execução discorrer pelo Processo Judicial Eletrônico (PJE).

Se assim não for, é possível que ocorram problemas de ordem organizacional caso a pessoa beneficiada por ANPP, hipoteticamente venha a ser efetivamente condenada e transcorra verdadeiramente execuções penais contra ela, visto que o SEEU não permite a instauração de dois processos para um mesmo sujeito.

Ao seguir essa ótica disfuncional, dentro de um mesmo processo se teria a correta execução das penas sobrevindas de condenações e simultaneamente a execução de acordos bilaterais e voluntários, sendo que estes não têm absolutamente nenhuma relação com a execução advinda das condenações e estaríamos diante de uma verdadeira completa e absoluta disfuncionalidade do sistema, já que geraria confusão entre as matérias, dificultaria seus devidos andamentos e o mais grave: não haveria possibilidade de haver eventual unificação de penas, o que esvazia a finalidade do instrumento.

6.11 A COMPETÊNCIA PARA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E RESCISÃO NO ANPP: JUIZO DA HOMOLOGAÇÃO OU DA EXECUÇÃO?

Após tecer críticas acerca da competência do juízo das execuções para executar e acompanhar o cumprimento das condições do acordo de não persecução, consoante expressa disposição legal, agora cabe refletir sobre uma questão pouco comentada, mas que pode gerar inquietações: a quem compete extinguir a punibilidade ou rescindir o ANPP?

De início, o responsável mediato por acompanhar e fiscalizar a execução do acordo de não persecução penal é o órgão acusatório⁵⁹ que, se observado o descumprimento injustificado de quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Parquet deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento da denúncia, conforme a previsão legal do art. 28-A, §10.

⁵⁹ No que tange a responsabilidade do Ministério Público fiscalizar o acordo de não persecução, trago para este ponto as regras que disciplinam o Processo Penal: caso o acordo seja descumprimento e o membro do *Parquet* entenda por bem denunciar e iniciar o devido processo legal, o ideal é que o promotor natural do caso seja o mesmo que decida pela propositura da ação penal, sob pena de evitar hipotéticas atitudes contraditórias e contraproducentes. O mesmo aplica-se para caso de eventuais alterações nas condições subjetivas da avença.

Entretanto, a legislação foi lacônica e não cuidou em esclarecer qual juiz teria a competência de rescindir o acordo no caso de descumprimento por parte do investigado. Frente a omissão legislativa, Cunha (2020) se posiciona no sentido de que “[...] juízo competente, na linha da opção do legislador na Lei n.º 13.964/19, é o da execução penal [...]” e pondera que cabe, inclusive, agravo em execução para os casos em que o magistrado indefere o pedido de rescisão.

Por outro lado, melhor argumenta Lima (2020, p. 284) quando diz que “[...] conquanto a execução do acordo seja feita perante o juízo da execução penal – art. 28-A, §6º, *in fine*, do CPP –, a rescisão do acordo é da competência do juízo competente para a homologação”. É nesse sentido também o Enunciado n.º 28 do CNPG e GNCCRIM se situa: “Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal”.

Dessa maneira, independentemente do cumprimento ou descumprimento do ANPP, este deve retornar para o juízo da homologação, seja para rescindir o acordo, quer seja para a declaração da extinção da punibilidade, conforme o art. 28-A, §10 e §13 do Código de Processo Penal.

7 CONCLUSÃO

Trata-se o acordo de não persecução penal de um instrumento de justiça consensual e, em razão disso, outro não deveria ser o caminho a não ser o de, em primeiro lugar, discorrer sobre a ampliação dos espaços e mecanismos de consenso, perpassando pelo delinear acerca da sua conceituação, bem como a descrição sobre o consenso nos sistemas tipicamente interligados ao *common law* – Estados Unidos – e *civil law* - Itália, Uruguai e Chile. Ao fim desta análise inicial, a presente produção acadêmica inclinou-se a compreender a evolução da justiça consensual no Brasil.

Nesse trilhar, concluiu-se que, o consenso como instrumento pacificador teve suas origens antes do surgimento da jurisprudência clássica de Roma – séculos I e II d.C. – e já era amplamente utilizado para solucionar as problemáticas oriundas do convívio social à época, a exemplo de guerras, casamentos arranjados, trocas voluntárias, dentre outras questões.

O esboço histórico revelou que, muito embora seja uma técnica bastante antiga, os espaços de consenso se expandiram pelo mundo de forma mais consistente ao final do século XX e conquistaram um significativo espaço tanto nos países de tradição tipicamente voltada ao *common law*, como também ao *civil law*.

De forma geral, demonstrou-se que a sua expansão em especial nos países europeus e latino-americanos, deve-se ao aumento vertiginoso dos índices de criminalidade e da impossibilidade de o método tradicional de resolução de conflitos solucionar de modo eficaz e célere as demandas litigiosas.

Nessa toada, observou-se a diferenciação terminológica entre os termos *justiça negociada* e *justiça consensual* – dado de extrema relevância para delinear a conceituação do tema em comento. Em que pese tenham estreitas semelhanças, àquela tem o objetivo de ofertar ao imputado um amplo poder de debate, negociação, interferência e discussão relativamente às propostas ofertadas. Esta, por seu turno, também promove o diálogo, mas caso ocorra a negociação, será um elemento circunstancial, já que é possível vislumbrar um modelo de consenso em que os envolvidos chegam a um acordo independentemente de empreenderem uma verdadeira negociação.

Ademais, justiça consensual deve ser regida pela *racionalidade comunicativa*, em que as partes não devem se mover com intento de ganhar sob a égide do seu sucesso, mas objetivam, por intermédio da interação linguística, pelo diálogo, bem

como pela cooperação, harmonizar seus interesses para, dessa maneira, alcançar o consenso.

Logo em seguida, ao descrever e analisar a justiça consensual em âmbito internacional – utilizando países tanto da tradição majoritária *common law*, quanto da *civil law* – constatou-se que os Estados Unidos foi a nação em que o consenso foi bem mais receptado internamente, em decorrência do protagonismo do modelo adversarial, que se estrutura com as partes ocupando a dianteira para resolver a demanda, sobretudo com o uso das técnicas consensuais e negociais.

No que concerne ao estudo do instituto da justiça consensual nos países de tradição romano-germânica, notadamente a Itália, percebeu-se que o consenso historicamente não teve espaço em razão da resolução de litígios ter sido baseada no sistema não adversarial, ou seja, pautada na centralização da gestão das provas e resolução de conflitos na figura do juiz e, por conseguinte, as partes desempenhando um papel complementar subsidiário e sem espaço para o diálogo, o debate e o consenso.

Nesse contexto, foi constatado que o modelo não adversarial demonstra-se uma grande inoperância para sanar as demandas da sociedade Contemporânea, proeminente pela sua própria estrutura quanto à gerência das provas e o irrisório poder ofertado às partes para diligenciar e solucionar suas próprias demandas.

Inclusive, verificou-se que os ordenamentos jurídicos de tradição *civil law*, em especial a Itália e o Brasil, não se adequavam ao disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na Constituição vigente no tocante a estrita observância à duração razoável do processo, conseqüentemente, a boa qualidade da prestação jurisdicional. Em virtude disso, foi demonstrado que o *modus operandi* de resolução de litígios carecia de significativas mudanças estruturais, em especial quanto a atuação das partes.

Por esse motivo e diante do exposto, foi identificado que o sistema de gestão das provas nos países de origem romano-germânica voltou-se completamente para a conjunta adversarial, com as partes tendo o poder para resolver as demandas, com o auxílio das técnicas consensuais e também negociais.

De mais a mais, foi observado uma nítida guinada dos países cujo sistema teve suas origens no *civil law*, para importar instrumentos típicos do *common law*, qual seja, a justiça consensual. No Brasil não foi diferente e, em meio ao crescimento exponencial da criminalidade e a crise na prestação jurisdicional de qualidade, em

obediência à duração razoável do processo, a celeridade e a eficiência, restou por compreendido as razões pelas quais o ordenamento pátrio empreendeu esforços de implementar o consenso no dia a dia forense.

Em um segundo momento, concluída a minuciosa análise acerca da justiça consensual, adentrou-se no estudo do acordo de não persecução penal, instrumento legal da justiça consensual, que foi implementado *a priori* pela Resolução n.º 181/2017 do CNMP, alterada pela Resolução n.º 181/2018, e legalizado com a edição da Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Em que pese os elevados esforços legislativos empreendidos durante a elaboração da norma, a *práxis* trouxe relevantes pontos controvertidos acerca da aplicação do acordo de não persecução.

As primeiras grandes questões foram destrinchar as verdadeiras motivações que levaram a edição da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, bem como analisar a sua constitucionalidade. Percebeu-se que dois julgamentos do Supremo Tribunal Federal em relação às prisões brasileiras foram de extrema relevância para inclinar os membros do CNMP a repensarem sobre o sistema criminal brasileiro.

Na análise da ADPF n.º 347, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do estado de coisas relativo aos presídios pátrios. Foi nesse contexto em que o Conselho Nacional do Ministério Público foi chamado institucionalmente para que apresentasse efetivos instrumentos de equacionamento da ação penal.

Já do julgamento do RE. n.º 641.320, surgiu a Súmula Vinculante n.º 56, em que abordou a possibilidade de se assegurar progressão de regime ou soltura antecipada dos detentos em razão da impossibilidade de as unidades prisionais abarcarem outras pessoas ou disporem de condições minimamente possíveis da execução da pena.

Diante desse panorama, verificou-se que o CNMP instituiu um Grupo de Trabalho para analisar esta situação e, a partir disso, concluiu-se que o Conselho Nacional do Ministério Público decidiu que era necessário haver um amadurecimento da discricionariedade persecutória no direito brasileiro e editou a Resolução n.º 181/2017.

À vista da iniciativa do *Parquet*, debates surgiram no tocante à constitucionalidade da referida Resolução. A OAB e a AMB ajuizaram no STF Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade de números, respectivamente, n.º 5.790 e n.º 5.793, insurgindo-se contra a primeira redação da Resolução n.º 181/2017.

Percebeu-se que, muito embora as condutas aguerridas e necessárias da AMB e da OAB, a Resolução n.º 183/2018 alterou a redação original da Resolução n.º 181/2017 e passou a fazer menção expressa a necessidade de homologação judicial. Nessa esteira, foi editada a Lei n.º 13.964/2019 (Lei Anticrime) positivando por meio de lei em sentido estrito o instituto do acordo de não persecução, consoante art. 28-A. Diante disso, foi concluído que restou por esvaziado o objeto de apreciação das ADIs interpostas pelas referidas instituições.

Em que pese o esvaziamento do debate, caso o ANPP não houvesse sido introduzido ao direito pátrio pelo Pacote Anticrime, em seu art. 28-A, concluir-se-ia pela tese da inconstitucionalidade exclusivamente formal do art. 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, visto que o então artigo versava sobre matéria processual, introduzindo ao processo penal, portanto, uma verdadeira exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Nessa conjuntura, por ser matéria inerente a ação penal, competiria exclusivamente à União legislar sobre tema e, ainda, foi observado que o CNMP extrapolou o seu poder regulamentar com a edição da Resolução n.º 181/2017, assim como verificou-se que não é reconhecido ao órgão o poder de expedir normas primárias que termine por usurpar suas competências conferidas pela Constituição.

Superada essa questão, tem-se que a Lei n.º 13.964/2019, no art. 28-A, trouxe em seu corpo legal a previsão do acordo de não persecução penal e dispôs que 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.

Há de se reconhecer a boa diligência do legislador em, cautelosamente, ter pensado sobre o instituto do ANPP. Entretanto, a realidade prática por vezes extrapola os debates extraídos da leitura da legislação e a aplicabilidade do acordo de não persecução penal gerou intensos e controversos debates tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Este trabalho objetivou-se a discorrer acerca de diversos pontos controvertidos sobre o assunto, conforme analisado no corpo desta presente produção acadêmica. Diante desse estudo, foi concluído que há quatro principais controvérsias,

quais sejam: a natureza jurídica do acordo de não persecução penal; a obrigatoriedade da confissão a existência do *plea bargaining*; a retroatividade ou irretroatividade quanto aos aspectos intertemporais da norma e, por fim, a competência do juízo das execuções para executar e acompanhar o cumprimento das condições do ANPP.

Quanto à natureza jurídica do acordo de não persecução penal, restou por evidenciado que o instituto não se enquadra como um direito subjetivo do réu, mas se expressa como poder-dever do Ministério Público, que deve ser instituído de forma a observar a legislação e também o caso concreto.

Já em relação à obrigatoriedade da confissão, a conclusão foi a observação de que uma das suas precípuas finalidades é a de produzir no confitente um novo “*mindset*” de efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, ou seja, um sentimento apto a incentivar uma mudança de atitude e de comportamento.

Quanto a comparação do acordo de não persecução penal e o *plea bargaining*, instrumento típico do direito norte-americano, percebeu-se que não merece prosperar. Isso porque o acordo de barganha gera a assunção de culpa por parte do acusado, já o ANPP não enseja assunção de culpa, logo, não pode provocar o julgamento antecipado do caso.

Por seu turno, da análise da possibilidade do acordo de não persecução retroagir, constatou-se dissonantes vozes na jurisprudência e na doutrina. Há divergência de entendimento entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça em que a Quinta Turma defende a aplicação do ANPP em processos em curso somente até o recebimento da denúncia. Por outro lado, a Sexta Turma defende a aplicação do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado da condenação, tese esta que também é acompanhada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Ato contínuo foi detectado que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que o acordo de não persecução penal se aplica a fatos ocorridos antes da Lei n.º 13.964/2019, condicionando ao não recebimento da denúncia.

Conforme asseverado, este foi o entendimento da Primeira Turma do STF. O debate foi levado ao Pleno da Suprema Corte e até a presente data encontra-se pendente de julgamento.

Por último, criticou-se a competência do juízo da execução para executar e acompanhar o cumprimento das condições do ANPP. Isso em razão da averiguação

de que o acordado no acordo de não persecução não consiste em uma pena, e sim em condições pactuadas voluntariamente pelas partes.

Ainda foi apurada uma questão de ordem prática referente ao tema: notou-se que o processo de acompanhamento acerca das condições acordadas via acordo de não persecução não deve tramitar perante o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), em decorrência de que não deve ser tratado tal qual execução penal.

Concluiu-se que, com isso, há uma verdadeira disfuncionalidade do sistema, já que geraria confusão entre as matérias, dificultaria seus devidos andamentos e o mais grave: não haveria possibilidade de haver eventual unificação de penas, o que termina por esvaziar o objetivo do SEEU.

Por fim, conforme exposto, observou-se que o acordo de não persecução penal é um instrumento eficaz e contribui para a consolidação e ampliação da justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro, ao incentivar o debate, a contraposição de ideias e a resolução de conflitos pelas próprias partes por intermédio de procedimento extrajudicial.

Dessa forma, constatou-se que a implementação do ANPP priorizou o processo penal e os recursos humanos, bem como financeiros do Ministério Público, para os crimes de maiores gravidades, conforme restou por evidenciado da verificação dos dados mais recentes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Malgrado a importância do ANPP para a solidificação dos espaços de consenso, foi concluído que há pontos controvertidos os quais carecem prontamente de esclarecimentos, haja vista que as diversas vozes dissonantes tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, terminam por gerar insegurança jurídica relativamente à aplicabilidade do instrumento tão caro à justiça consensual.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopses para concursos: processo penal - parte especial**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios**. 1. ed. Bahia: Juspodivm, 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões**. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/publicacoes/coluna-direito-em-debate/5917-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-brevess-reflexoes-5917.html>>. Acesso em: 3 set. 2020.

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo completo do acordo de não-persecução penal e o novo procedimento investigatório criminal (Parte II)**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/09/20/estudo-completo-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-novo-procedimento-investigatorio-criminal-parte-ii/>. Acesso em: 7 out. 2020.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade. **Da confissão no acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/334134/da-confissao-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CASTELLIANO, Carolina Soares; NETTO, Fábio Prudente. **Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 26 ago. 2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016.

CUNHA *et al.* **Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela RES. 183/2018**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: comentários às alterações no cp, cpp e lep (2020)**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal: devido processo. efetividade. garantias**. 1. ed. Bahia: Juspodivm, 2019.

DOTTI, René Ariel; Scandelari, Gustavo Britta. **Acordos de não persecução e de aplicação imediata da pena: o *plea bargain* brasileiro**. In: CRIMINAIS, Instituto Brasileiro de Ciências. **Boletim: edição especial – projeto de lei “anticrime” – parte I de II**. São Paulo. 2019. p. 5 -7.

FISCHER, Douglas. **Não cabe acordo de não persecução em ações penais em curso**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/#:~:text=20%2C%20que%20disp%C3%B5e%2C%20verbis%3A,que%20n%C3%A3o%20recebida%20a%20den%C3%BAncia..> Acesso em: 22 ago. 2020.

GOMES, José Jairo. **Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

GORDILHO, Heron José de Santana. Justiça Penal Consensual e as Garantias Constitucionais no Sistema Criminal Do Brasil e dos EUA. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 55-71, fev. 2017.

HOPPE, Harold. **O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal**: perspectivas e possibilidades no processo penal brasileiro. 2018. 234f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEITE, Rosimere Ventura. Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro. 2009. 12f. Tese (Doutorado em Direito) - Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade de São Paulo, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Hygina. **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: 18 ago. 2020.

LUCIANO, Débora Lopes; DEUS FILHO, Leandro de. **O acordo de não persecução penal**: aspectos intertemporais e natureza jurídica. aspectos intertemporais e natureza jurídica. Disponível em: [https://canalcienciascriminais.com.br/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-aspectos-intertemporais/#:~:text=O%20acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20penal%20\(artigo%2028%2DA\),reprova%C3%A7%C3%A3o%20e%20pr even%C3%A7%C3%A3o%20do%20crime..](https://canalcienciascriminais.com.br/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-aspectos-intertemporais/#:~:text=O%20acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20penal%20(artigo%2028%2DA),reprova%C3%A7%C3%A3o%20e%20pr even%C3%A7%C3%A3o%20do%20crime..) Acesso em: 20 ago. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Cao-Crim - Boletim Criminal Comentado n.º 112,10/2020**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20112.pdf. Acesso em: 4 nov. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE. **Acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GMNF4XoMLTs>. Acesso em: 19 set. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de Dezembro de 2019**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>>. Acesso em: 4 ago. 2020.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 14, p. 331-365, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>. Acesso em: 8 mai. 2020.

PAIVA, Bruno Teixeira de. **Aproximação entre common law e civil law para a cooperação penal internacional**. 2018. 642f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) - Universidade de Coimbra, 2018.

SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried. **As reformas processuais penais na América Latina através de um olhar agnóstico de processo**: uma análise da operatividade real do sistema adversarial na realidade marginal. 2019. 123f. Tese de mestrado (Mestre em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves. OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO E O COMPORTAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA ASSISTÊNCIA JURÍDICA. **Revista da Defensoria Pública**, Porto Alegre, v. 26, n. 11, p. 367 – 423. jan./jun. 2020.

SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>. Acesso em: 20 ago. 2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC 185913 DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe: 11/11/2020. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>. Acesso em: 11 nov. 2020