

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: APONTAMENTOS ACERCA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

PLEA-BARGAINING CRIMINAL LAW: POINTS OF NOTE REGARDING NON-PROSECUTION CRIMINAL AGREEMENTS

Joana Martins de Araújo¹

Thaís Fernanda Botelho²

Resumo: Pretende-se, nesse trabalho, analisar o Acordo de Não Persecução Penal enquanto sistema da Justiça Penal Negociada, tendo em vista as discordâncias doutrinárias acerca da legalidade de seus requisitos, bem como sua constitucionalidade ao ser inserido no sistema jurídico brasileiro. Inicia-se com uma breve explanação acerca da Justiça Penal Negociada, apontando os sistemas que a compõem e os princípios mitigados com a sua aplicação. Passa-se a contextualizar o surgimento do Acordo de Não Persecução Penal. Por fim, é feita uma análise dos requisitos para concessão do Acordo, expondo as divergências doutrinárias acerca da legalidade de tais condições. Para tanto, utiliza-se o método da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Justiça Penal Negociada. Acordo de Não Persecução Penal. Processo Penal. Princípios Mitigados.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the non-prosecution agreement as a system of Plea-Bargaining Criminal Law, being aware of contradictions between scholars' opinions when it comes to the lawfulness of its requirements, as well as its constitutionality when inserted in the Brazilian legal system. It commences with a brief explanation of Plea-Bargaining Criminal Law, highlighting the systems of which it is comprised and the principals mitigated by applying it. It proceeds to contextualize the emergence of the Non-Prosecution Agreement. Lastly, an analysis of the requirements to the agreements' concession is made, exposing the discrepancy between scholars' opinions regarding the legality of said conditions. For which, bibliographic research is used.

Keywords: Negotiated Criminal Justice. Agreement of No Criminal Prosecution. Criminal Proceedings. Mitigated Principles.

¹ Estudante do Curso de Direito da Universidade de Sorocaba – Uniso.

² Professora do Curso de Direito da Uniso. Doutoranda e Mestra em Educação – Uniso. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça Penal Negociada, sistema que envolve o Acordo de Não Persecução Penal, se baseia em uma negociação que ocorre entre o Ministério Público e o acusado/investigado, no qual o órgão ministerial oferece condições para que o acordando não seja submetido à pena restritiva de liberdade.

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instituto criado inicialmente pela Resolução CNMP nº 181/2017 e posteriormente introduzido no ordenamento brasileiro por meio da Lei 13964/2019 – Pacote Anticrime, é um sistema da justiça penal negociada, do qual também fazem parte a suspensão condicional do processo, a transação penal e a delação premiada.

Tal instituto tem origem no direito estado-unidense, aos moldes do sistema *commom law*, de modo que ao ser introduzido no ordenamento brasileiro, que possui como bases elementares a *civil law*, acabou divergindo em alguns aspectos, inclusive diminuindo a eficácia de alguns princípios norteadores, como os princípios da obrigatoriedade e da necessidade.

Para que o Ministério Público possa oferecer o Acordo, são necessários alguns requisitos, que vão da quantidade da pena à confissão do acusado. A doutrina muito discute acerca da legalidade de tais requisitos, principalmente no que tange à confissão, já que no Direito Penal brasileiro, ninguém é obrigado a produzir provas contra si, tradução do famoso brocardo jurídico *nemo tenetur se detegere* (QUEIJO, 2003).

Assim, faz-se uma análise dos requisitos para concessão do Acordo, abordando o ponto de vista de diversos autores que discorrem sobre, para no final concluir de que forma tal instituto afeta o Direito Penal brasileiro como um todo.

2 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E SEUS SISTEMAS

O sistema penal brasileiro tem evoluído de modo a implementar mecanismos de solução negocial de conflitos, no qual o acusado, devidamente amparado por um advogado, barganha com o órgão acusador, nos moldes propostos na legislação. Essas inovações buscam desafogar o judiciário, tornando o sistema mais célere e eficiente, uma vez que com os crimes “menores” sendo resolvidos na seara extrajudicial, restam mais recursos para o processo e julgamento de infrações mais graves, que afetam bens jurídicos de maior relevância.

Essa inserção do modelo consensual no âmbito criminal tem como condão viabilizar uma justiça mais célere e o exercício da jurisdição em um tempo razoável, além de possibilitar a utilização da maior gama de recursos humanos e financeiros para a investigação e a solução de crimes mais graves e nefastos à sociedade (FERREIRA; SILVA, 2021, p. 19).

Ainda nesse contexto:

A plea bargaining consiste numa transação que abrevia o processo, eliminando a colheita da prova, suprimindo a fase de debates entre as partes (trial) para chegar-se logo à sentença (verdict and sentencing). O agente do fato ilícito admite sua culpabilidade em troca de benefícios legais. O objetivo do instituto é garantir a elucidação de crimes, assegurar uma rápida punição aos autores de crimes e diminuir a carga de trabalho no Judiciário e no Ministério Público, reduzindo os custos da Justiça criminal (BARROS, 2020, p.34).

Nesses sistemas, busca-se que os investigados/acusados, sem a necessidade de seguir todo o rito do processo legal, admitam a prática da conduta delituosa, como forma de admitir um erro que ocorreu totalmente fora da sua realidade habitual, se comprometendo a não cometer mais delitos, com a ideia de que foi um fato isolado na vida do indivíduo, algo que não se encaixa com a sua índole, moral e meio de vida.

Essa ideia se encontra em sintonia com a política de desencarceramento, que busca, além do resolver o desafogamento do sistema prisional, uma efetiva pena de natureza retributiva, preventiva e reeducativa.

Em um país como o Brasil, em que há 811 mil pessoas presas, sendo que, das 1.381 unidades prisionais, 997 têm mais de 100% da capacidade ocupada e outras 276 estão com ocupação superior a 200% (CAMARA LEG, 2021), essa busca se faz urgente, diante da ineficácia da pena restritiva de liberdade como punição para todo e qualquer crime, de modo que aqueles considerados de menor potencial ofensivo, ou seja, com penas menores e sem danos expressivos ao objeto resguardado, possam ser punidos com penas restritivas de direitos, garantindo a efetiva punição por parte do Estado sem a necessidade do encarceramento.

Na atual conjectura do cárcere nacional, é praticamente impossível que os presos tenham qualquer desses direitos respaldados. Se o Sistema não consegue nem ao menos ofertar a quantidade mínima de vagas para a internação dos privados de liberdade, forçando-os a viverem amontoados como gado, muito menos conseguirá garantir sua integridade física e moral, bem como promover sua ressocialização e reintegração na sociedade (FERREIRA; SILVA, 2021, p.18).

Os sistemas negociais começaram a ser implantados em nosso ordenamento desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a criação de juizados especiais para o processo e julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, mais tarde regulamentado pela Lei 9.099/1995 que definiu tais crimes como sendo aqueles em que a pena máxima é de até dois anos, criando os institutos da transação penal, composição civil de danos e a suspensão condicional do processo.

Sem dúvida, a Lei n. 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência. Mas, principalmente: marcou o ingresso do “espaço negocial” no processo penal brasileiro, que só tende a ampliar, basta acompanhar as propostas discutidas no âmbito da reforma do CPP. (LOPES, 2020, p.1188).

Ainda sob essa ótica:

A tradicional jurisdição de conflito, que obriga ao processo contencioso entre acusação e defesa, e torna esta última obrigatória, cede espaço para a jurisdição de consenso, na qual se estimula o acordo entre os litigantes, a reparação amigável do dano e se procura evitar a instauração do processo. Esse novo espaço de consenso, substitutivo do espaço de conflito, não fere a Constituição, pois ela mesma o autoriza para as infrações de menor potencial ofensivo. (CAPEZ, 2022, p. 223).

Por meio da transação penal, o órgão acusador oferece ao acusado uma pena antecipada, seja ela de multa ou restritiva de direitos, desde que o mesmo não tenha sido condenado em definitivo à pena privativa de liberdade, não tenha sido beneficiado nos últimos 5 (cinco) anos à pena restritiva de direitos ou de multa e desde que a pena seja necessária e suficiente para repressão do fato delituoso.

No caso da suspensão condicional do processo, a mesma se dá nos casos em que, em sendo a pena cominada ao delito igual ou inferior à 1 (um) ano, o Ministério Público, após oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, que consiste na literal suspensão do tramite processual por um período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o beneficiário não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, seguindo como demais requisitos os mesmos da transação penal. Nesse intervalo, o indivíduo passará por um período de prova, devendo reparar o dano nos casos em que for possível, deixar de frequentar determinados lugares conforme determinação do Ministério Público, proibição de ausentar-se da comarca em que reside sem a autorização do juiz e comparecer,

mensalmente, de forma obrigatória em juízo para informar e justificar suas atividades.

Mais tarde, a Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), trouxe a Colaboração Premiada, por meio da qual o acusado, ao colaborar com as investigações em crimes cometidos em concurso de agentes, é beneficiado por meio de acordo realizado com o Delegado de Polícia ou Ministério Público, com a contrapartida de obter benefícios penais ou processuais. Para que surta efeitos, a delação deverá resultar na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com sua integridade física preservada ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. O beneficiário deverá ser primário e prestar as informações de forma voluntária.

Somente em 2019, como trataremos adiante, o Pacote Anticrime regulou a criação do Acordo de Não Persecução Penal, que unido à Transação Penal, a Suspensão Condicional do Processo e a Colaboração Premiada, formam um micro sistema negocial penal em nosso ordenamento jurídico.

Com todos esses institutos, Lopes (2020, p.315), preceitua que “Se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro e o impacto desses instrumentos negociais, não seria surpresa alguma se o índice superasse a casa dos 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo”. Com isso, tem-se que os meios de resolução negociais vieram para ficar, com a intenção de demonstrar que a pena privativa de liberdade não é a única opção para aqueles que cometem ilícitos, de modo que a negociação, como meio de admissão de culpa, dá a oportunidade àqueles que não tem afinidade com o crime, de mostrar para a sociedade que a prática criminosa foi um fato isolado em sua vida, bastando o acordo para que haja a repreensão e ressocialização do agente.

2.1 Princípios mitigados

Ocorre que da implementação desses sistemas, surgem incongruências com as bases do direito penal, à exemplo da mitigação do princípio da obrigatoriedade, que estabelece o dever do Ministério Público de oferecer a denúncia sempre que presentes os requisitos da ação penal, quais sejam a prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta e justa causa. É sabido que com tais negociações,

deixa-se de oferecer a denúncia ou de seguir com a ação penal ante a condições impostas ao acusado ou réu.

Conforme analisa Aury Lopes Jr. (2020, p.351):

Em nosso sistema, estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia. Mas cada vez mais esse “deverá” está sendo mitigado. A relativização do princípio da obrigatoriedade, que inicia em 1995 com a Lei n. 9.099 e os institutos do JECrim, e se amplia com a Lei n. 12.850/2013 e a possibilidade de perdão judicial e demais institutos aplicáveis à delação premiada, e agora novamente é enfraquecida (e também a indisponibilidade) com o acordo de não persecução penal inserido no CPP pela reforma de 2019/2020.

Ainda nesse sentido, Renato Brasileiro (2020, p.273) discorre que:

Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-persecução penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição.

Atualmente, o princípio sofreu inegável mitigação com a regra do art. 98, I, da Constituição da República, que possibilita a transação penal entre Ministério Público e autor do fato, nas infrações penais de menor potencial ofensivo (crimes apenados com, no máximo, dois anos de pena privativa de liberdade e contravenções penais – cf. art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, e art. 61 da Lei n. 9.099/95). A possibilidade de transação (proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade) está regulamentada pelo art. 76 da Lei n. 9.099/95, substituindo, nestas infrações penais, o princípio da obrigatoriedade pelo da discricionariedade regrada (o Ministério Público passa a ter liberdade para dispor da ação penal, embora esta liberdade não seja absoluta, mas limitada às hipóteses legais).

Pelo mesmo viés:

Outra exceção ao princípio da obrigatoriedade, reside no acordo de não persecução penal, criado pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) e previsto na atual redação do art. 28-A do CPP. Preenchidos os requisitos legais (confissão formal e circunstanciada, não ser caso de arquivamento do inquérito policial, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e pena mínima prevista inferior a 4 anos) e aceitando o indiciado as condições propostas no acordo, poderá o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia. Cumprido o acordo, a punibilidade do agente será extinta, sem registro em seus antecedentes criminais. (CAPEZ, 2022, p. 70).

Outro princípio relativizado com a implementação desses sistemas negociais é o princípio da necessidade, o qual determina que o processo penal é o caminho necessário para a pena. Sua ponderação fica evidente, já que há admissão de culpa e o estabelecimento de condições muito semelhantes a penas a serem cumpridas pelo indivíduo, sem a necessidade de iniciar um processo judicial, ou seja, realizado pela via extrajudicial por intermédio do Ministério Público, de modo que o elo delito-processo-pena se perde.

A ampliação dos espaços de consenso e da justiça negocial é um caminho sem volta. Iniciou no Brasil com a Lei n. 9.099/95, ganhou maior amplitude com o instituto da delação premiada (especialmente com a Lei n. 12.850/2013) e será substancialmente ampliado se passar a proposta contida no Projeto do CPP (aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 anos). Nessa nova lógica negocial ampliada, admite-se a aplicação de pena sem prévio processo ou, ao menos, sem integral processo, na medida em que a negociação poderá ocorrer antes de iniciada a instrução e implicará aceleração procedimental pela imediata aplicação da pena (proposta contida no projeto do CPP). É preciso, portanto, estar tecnicamente preparado para a relativização do princípio da necessidade (concepção tradicional) e aprender a trabalhar na perspectiva negocial, qualquer que seja o lugar que se ocupe na estrutura processual. (LOPES, 2021, p.46).

Por fim, o princípio da presunção de inocência sofre limitações uma vez que o acusado/investigado não passa pelo devido processo legal para se concluir que cometeu ou não o ilícito, de modo que ao invés de presumir-se inocente, se confessa culpado, para obter o benefício do acordo.

Lembre-se, ainda, que a presunção da inocência também poderia estar sendo atropelada com o acordo criminal, na medida em que, sem um julgamento ponderado, por meio da dialética contraditória para se chegar a uma solução maturada pelo caminhar dos atos procedimentais, os acordantes partem de uma premissa inicial que retrata o acusado como previamente culpado na adoção do *plead guilty* (BIZZOTTO; DA SILVA, 2020, p. 45).

Por outro lado, há quem considere que o acordo é um recurso a mais para a defesa, já que ao observar o panorama do caso concreto, tal instituto pode ser mais benéfico ao acusado do que seguir o devido processo, expandindo o princípio da ampla defesa (BIZZOTTO; DA SILVA, 2020).

Essa incompatibilidade dos modelos negociais com o ordenamento jurídico brasileiro ocorre devido ao modo que foram inseridos em nosso sistema, uma vez que não houve um prévio estudo acerca da adequação e conformidade com os princípios e bases legais já existentes.

A recepção da bargaining e da probation no Brasil ocorreu sem uma análise e discussão acerca dos formantes (lei, doutrina, jurisprudência) explícitos ou ocultos (Criptotipos) dos próprios institutos admitidos nos ordenamentos originários e nos que já os haviam recepcionado (Itália e Portugal, v. g.). Igualmente, não foram consideradas as estruturas político-econômicas e culturais diferenciadas, o pluralismo jurídico, a funcionalidade global, os fatores metanormativos (ideologia, tradição, política, economia, realidade sociocultural, v. g.), bem como os problemas já enfrentados pelos ordenamentos continentais onde foram incorporados e ampliados (GIACOMOLLI, p.314).

Ainda segundo Giacomolli (2016, p.314), “[...] não ocorreu propriamente uma recepção, mas uma mutação jurídica, na medida em que tanto a *bargaining* quanto a

probation sofreram alterações, adequações ao sistema penal e processual brasileiro ao serem transplantadas”.

Assim, se previamente o legislador tivesse realizado uma adequação dos modelos negociais em relação ao sistema penal e processual brasileiro, certamente não veríamos tantas incongruências.

3 ORIGEM DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A princípio, o Acordo de Não Persecução Penal foi criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução 181/2017. Ocorre que tal comando foi equivocado, uma vez que de acordo com a Constituição Federal, somente a União pode legislar sobre direito penal.

Com a edição da supracitada Resolução, a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de seu Conselho Federal, ajuizou a ADI 5790 perante o STF, seguida pela Ordem dos Magistrados do Brasil, responsáveis pela ADI 5793. Porém, nenhuma delas chegou a ser apreciada.

Dentre as críticas trazidas por esses órgãos de classe, destaca-se o desrespeito ao princípio da reserva legal, que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, e, uma vez se tratando de ato normativo interno do Ministério Público, possui caráter infralegal.

Outra crítica diz respeito à competência privativa da União para legislar sobre direito penal, firmado no artigo 22, inciso I da Constituição Federal:

Antes da vigência da Lei 13.964/2019 (o chamado pacote anticrime), o acordo de não persecução penal estava regulamentado por meio da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n.º 181/2017, alterada pela Resolução n.º 183/2018. Este ato normativo sempre teve sua constitucionalidade questionada, na medida em que o art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal estabelece como atribuições do CNMP as relacionadas ao “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, não lhe facultando a criação de institutos de natureza processual penal.

Perceba-se que a alegada contrariedade à Constituição Federal foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5790) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5793), sustentando-se a inconstitucionalidade formal e material das normas da resolução do CNMP que tratam do acordo de não persecução. (AVENA, 2022, p. 279).

Antes das ADI's serem apreciadas pelo STF, a Lei 13.964/2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrime, introduziu o comando questionado na legislação pela via legislativa correta.

Essa introdução se deu no contexto do combate à corrupção que se encontrava o Brasil após a deflagração da Operação Lava Jato, momento em que o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Dr. Sérgio Fernando Moro, que ficou conhecido internacionalmente por sua atuação como juiz da referida operação, trouxe a figura de novos institutos jurídicos, verdadeiras inovações para o sistema brasileiro, que foram incorporadas ao sistema por meio da Lei 13.954/2019, dentre os quais o Acordo de Não Persecução Penal.

3.1 Aspectos do Acordo de Não Persecução Penal

Quando tratamos acerca de estruturas organizacionais das leis que um país pode adotar, nos deparamos com dois sistemas, um com base nos costumes, chamado de *common law* e o outro com base na interpretação das leis escritas, o *civil law*.

Nesse panorama, o sistema *common law* utiliza-se do *plea bargaining*, que consiste em uma negociação realizada entre o órgão acusador e o acusado, o qual poderá reduzir a pena pleiteada, modificar o tipo ou reduzir a quantidade de crimes imputados na inicial acusatória ou ainda estabelecer uma pena alternativa à prisão. Esse acordo ocorre mediante a admissão de culpa, e visa polpar todo o desgaste que o futuro processo criminal pode acarretar.

No Brasil, originalmente adota-se o sistema *civil law*, tendo em vista sua origem greco-romana, porém, este é relativizado cada vez que se introduz um comando relativo ao *common law*, como ocorre com os sistemas penais de justiça negocial.

Nossa tradição prende-se à família dos direitos ditos romanistas ou família romano-germânica. Cuida-se de um grande sistema jurídico adotado na Europa continental, desenvolvido no seio das universidades dos países de língua latina e germânica. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2022, p.75).

Fica evidente que o ANPP traz em sua essência os lastros do *plea bargaining*, tendo influência direta no sistema penal norte-americano, onde a maioria das

condutas penais são passíveis de acordos, demonstrando a essência do *common law*.

É bom que se diga que acordos entre acusação e defesa na esfera criminal é prática que existe desde longa data nos países integrantes do sistema *common law*, sendo que o *plea bargaining* americano o modelo paradigmático, enquanto a introdução do consenso como instrumento de resolução de conflitos penais nos ordenamentos jurídicos pertencentes ao *civil law* é fenômeno mais recente, característico da segunda metade do século XX (SARDINHA, 2021, p.25).

Portanto, o motivo dos sistemas negociais não dialogarem muito bem com o ordenamento jurídico brasileiro se deve ao fato de que pertencem à organizações jurídicas diferentes, sendo certo que o Acordo de Não Persecução Penal, com origem estado-unidense, pertencente à um sistema de origem *common law*, na qual a jurisprudência tem mais importância que as leis escritas, e, ao ser introduzido no Brasil, com origem na *civil law*, onde as leis são o parâmetro fundamental para a organização da sociedade, surgirão incongruências, já que a base na qual o ANPP foi criado é totalmente diferente da base do sistema em que está sendo introduzido.

Outro ponto importante acerca do Acordo de Não Persecução Penal, é que embora legitimamente previsto no Código de Processo Penal, o mesmo não constitui um direito subjetivo do investigado. O texto da lei é claro ao prever que “o Ministério Público poderá”, e não deverá, propor o Acordo, de modo que acaba se tornando bastante arbitrário na prática. O legislador entregou ao Ministério Público a discricionariedade para oferecer ou não, utilizando como parâmetro a suficiência da medida para reprovação e prevenção da conduta.

Tal ponto gera grande indignação em doutrinadores como Bizzotto (2020), que entende ser o Acordo de Não Persecução Penal um direito subjetivo, uma vez que se trata de uma solução benéfica ao investigado/acusado, de modo que o Ministério Público tem o dever de oferecer, desde que presentes os requisitos. Já para Sardinha (2021), o Ministério Público não estará obrigado a oferecer o ANPP, porém deverá fundamentar seu oferecimento ou não oferecimento, sempre com base nas diretrizes do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

3.2 Requisitos do Acordo de Não Persecução Penal

O artigo 28-A do Código de Processo Penal elenca os requisitos a serem analisados para que se possa oferecer o Acordo de Não Persecução Penal, quais sejam a pena cominada ao delito, a utilização de violência ou grave ameaça no seu cometimento, a eficiência da medida para reprovação da conduta e a confissão formal e circunstanciada do crime. Importante salientar que os requisitos são cumulativos, ou seja, todos devem ser preenchidos para oportunizar o oferecimento do acordo.

No que diz respeito à pena cominada ao delito, o comando legal estabelece que caberá o ANPP nos delitos com pena mínima inferior a 4 anos, devendo-se considerar as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Na explicação de Cunha (2020, p. 129), “tomando como norte a pena mínima abstratamente cominada ao delito, presente causa de aumento variável, deve-se utilizar a menor fração; no caso de diminuição variável, a maior fração”. Nesse ponto, observa-se uma ampliação considerável dos delitos passíveis de negociação, abrangendo aqueles de pequeno e médio potencial ofensivo.

Quanto a utilização de violência ou grave ameaça, a opção legislativa foi de proibir a concessão do benefício se o crime for cometido mediante violência ou grave ameaça. Contudo, o legislador não buscou especificar se a violência tratada é de natureza culposa ou dolosa, ponto esse em que a doutrina diverge. Para Cabral (2020), a proibição se aplica tanto para violência culposa como dolosa, já que a lei não se restringe ao dolo, como fez no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, e nem mesmo previu expressamente a possibilidade de ANPP para todos os delitos culposos, com no caso do artigo 41, I, *in fine*, do Código Penal. Por outro lado, Brasileiro (2020) entende que diante da omissão legislativa quanto a natureza da infração, deve-se compreender que se faz referência as condutas dolosas, admitindo-se, portanto, a celebração do acordo nos casos de crimes culposos com eventual resultado violento, como é o caso do homicídio culposos.

Buscando dirimir qualquer dúvida a respeito, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (NCPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) editaram o enunciado n. 23, com a seguinte redação:

É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente, apesar de previsível.

Ainda no que diz respeito à violência, cumpre esclarecer que não caberá ANPP diante de crimes cometidos no contexto de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

O próximo requisito a ser analisado é o que gera mais polêmica entre os estudiosos do direito penal: a confissão formal e circunstanciada. A princípio, importante esclarecer o que vem a ser essa confissão formal e circunstanciada. A formalidade requerida é a prevista no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, ou seja, a mesma deve se dar na presença da autoridade pública, no caso Ministério Público, acompanhado de seu defensor. Confissão circunstanciada é aquela realizada perante a autoridade competente e que especifique os fatos que envolvem a prática delituosa.

Para parte da doutrina, como Avena (2022) e Messias (2020) a exigência de confissão não está de acordo com a presunção de inocência e com o princípio de não produzir provas contra si, porém, outra parte considera que como se trata de uma benesse, o investigado tem a opção de escolher se quer confessar para ter acesso ao benefício.

Compreendemos, enfim, que, para efeitos de formalização do pacto de não persecução penal, nenhuma inconstitucionalidade há no fato de se estabelecer, como requisito, a confissão formal e circunstancial do investigado. Isto porque a efetivação do acordo de não persecução situa-se no plano da voluntariedade do investigado. Celebra-o, enfim, se o quiser, não havendo qualquer constrangimento a que o faça. Agora, se for de sua vontade acordar com o Ministério Público, precisará sujeitar-se aos requisitos legalmente previstos para tanto, entre os quais está o da confissão. (AVENA, 2022, p. 284).

Nas palavras de Messias (2020, p. 105), “se o investigado descumprir injustificadamente os termos pactuados no acordo de não persecução penal, a única consequência em seu desfavor será o ajuizamento de denúncia pelo membro do Ministério Público [...]”. Ou seja, o beneficiado pelo acordo, no caso de descumprimento das condições e posterior persecução penal, não poderá ser prejudicado com a confissão concedida para fins de ANPP.

Ainda sobre esse tema:

Considerando-se que a celebração do acordo de não-persecução penal pressupõe a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa, é de todo evidente que esta confissão jamais poderia se dar no mesmo ato jurídico da audiência de custódia, sob pena de se transformá-la em verdadeiro interrogatório judicial antecipado. Destarte, o ideal é concluir que o Ministério Público poderá aproveitar o deslocamento do preso à audiência de custódia e, em ato dela separado, porém na mesma oportunidade, eventualmente propor e celebrar o acordo, o que viria ao encontro dos princípios da economia processual, celeridade e razoável duração do processo. (LIMA, 2020, p.220).

Ocorre que o acordo é homologado por um juiz, e, no caso do descumprimento das cláusulas e eventual oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, esse mesmo magistrado presidirá o processo criminal em face do acusado. Embora a confissão não possua valor probatório, é certo que irá, no mínimo, suggestionar o julgador, causando certa insegurança jurídica aos investigados/denunciados.

Por fim, no que diz respeito à eficiência da medida para reprovação da conduta, tal condição deixa claro que o Acordo não é um direito subjetivo do acusado, uma vez que cabe ao Ministério Público analisar e decidir se tal requisito se faz presente, de modo que o investigado/acusado fica à mercê dessa análise para poder ser beneficiado pelo Acordo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho apresentou, de forma breve, o Acordo de Não Persecução Penal enquanto sistema da Justiça Penal Negociada. Foi trabalhado sua origem, os princípios mitigados com sua aplicação, além de posições doutrinárias sobre os requisitos do Acordo de Não Persecução Penal.

Verificou-se que a justiça penal negociada, embora traga benefícios imensuráveis ao sistema penal brasileiro, quando se leva em consideração a superlotação da população carcerária, acaba indo de encontro com princípios norteadores do direito. Porém, o benefício trazido pelos acordos é maior do que o prejuízo que sua aplicação acarreta.

Quanto ao surgimento do Acordo de Não Persecução Penal, é certo que sua importação do direito norte-americano trouxe prejuízos ao sistema brasileiro, de modo que o melhor caminho seria criar um Acordo do início, tendo como base o sistema jurídico brasileiro, de modo a evitar que princípios e normas sejam

atropelados, como ocorreu com os princípios do devido processo legal e o princípio do *nemo tenetur se detegere* com a implementação do Acordo.

No que diz respeito aos seus requisitos, a conclusão que se alcança é a de que o Acordo de Não Persecução Penal torna a Justiça Penal Negociada muito mais abrangente ao admitir o acordo para crimes com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos. O requisito da confissão claramente viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o que causa certa insegurança jurídica.

De modo geral, embora existam críticas contundentes acerca de vários aspectos do Acordo de Não Persecução Penal, seus benefícios tanto para o sistema penal e carcerário quanto para os investigados/acusados são mais expressivos, de modo que tal ferramenta deve ganhar cada vez mais destaque no Brasil.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2022.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais – Urge ser inaugurada no Brasil a era da Justiça criminal consensual**. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. 1ª edição. Editora Dialética, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1989). Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de abril de 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm; Acesso em: 09 de mai. de 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 4ª edição. Salvador: Editoria JusPodivum, 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal – Parte Geral**. 12ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

FERREIRA, Gilmaro Alves, DA SILVA, Mateus Nelito Martins. **A expansão da justiça negociada na seara penal – Uma análise do acordo de não persecução penal**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES, Aury, Júnior. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de Não Persecução Penal: Teoria e Prática**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, José Carlos de. ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”. **Câmara Legislativa**, 2021. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>. Acesso em: 09 de mai. de 2023.

QUEIJO, Maria Elizabeth, **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARDINHA, Leonardo Lopes. **Acordo de Não Persecução Penal – Uma análise de sua eficiência como instrumento consensual da resolução de conflitos penais, no âmbito da justiça criminal da Comarca de Birigui, estado de São Paulo**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.