

A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE NEGOCIAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DOS LIMITES PRINCÍPIOLÓGICOS

Renata Reche Borel

Graduada pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro (UFRJ).
Advogada.

Resumo – a Lei nº 13.964/2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, positivou o instituto antes tratado em Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público para expressamente prever o Acordo de Não Persecução Penal no âmbito do Processo Penal, mas deixou controvérsias acerca da viabilidade deste mecanismo da justiça negocial quando confrontado com princípios constitucionais e legais. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias quanto à forma mais adequada de interpretação do instrumento negocial, dado o devido processo legal que permeia o ordenamento jurídico. No presente trabalho, visa-se à análise das particularidades do Acordo e das controvérsias que o permeiam, com a finalidade precípua de sustentar a harmonia de todo o conjunto normativo em vigor. Para tanto, defende-se a análise casuística do art. 28-A da referida Lei com o restante do Ordenamento, de maneira a restringir o alcance da nova norma, no que couber, mas também a manter resguardados os fundamentos legais e constitucionais do Direito Processual Penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Justiça negocial. Acordo de não persecução penal. Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Devido processo legal.

Sumário – Introdução. 1. Tendência mundial? A evolução do instituto da justiça penal negocial no Brasil e sua força diante do cenário global. 2. A previsão trazida pela Lei nº 13.964/2019 perante o ordenamento processual penal brasileiro atual - o art. 28-A do Código de Processo Penal e seus principais aspectos. 3. Viabilidade do Acordo de Não Persecução Penal como meio alternativo à solução célere da lide penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as possibilidades, bem como as limitações da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, modelo de justiça negocial, no ordenamento jurídico processual penal brasileiro. Sendo assim, procura-se demonstrar os aspectos positivos e negativos ao ampliar-se os espaços de negociação como instrumento de política criminal e mecanismo de resolução pacífica da lide processual.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema, com foco no Acordo de Não Persecução Penal, um dos mais novos institutos da justiça penal negocial; bem como ponderam-se alguns princípios constitucionais e processuais penais de modo a analisar as consequências da inserção do Acordo na teoria, quando confrontado com diretrizes há muito

enraizadas no ordenamento e na prática, quando aplicado ao dia a dia do Processo Penal brasileiro.

A Constituição Federal e o Código de Processo Penal estabelecem direitos e garantias processuais aos acusados. A justiça negocial penal, no entanto, subverte determinados ditames do processo a fim de um resultado célere e positivo, o que nos leva às seguintes reflexões: é possível limitar a expansão dos espaços de negociação admitidos pelo ordenamento jurídico, sem prejuízo aos axiomas principiológicos já consolidados pelo Processo Penal brasileiro? E quais são os argumentos negacionistas e justificacionistas para a ampliação da justiça negocial através do Acordo de Não Persecução Penal?

O tema é controvertido na doutrina e merece atenção, pois trata-se de uma discussão atual, reavivada pela Lei nº 13.964/2019, e que atinge a sociedade. Isso porque, na medida em que a justiça penal negocial visa, dentre outros, desafogar o Judiciário tornando-o mais célere, o que provém de um sistema processual penal eficiente merece atenção da população, cabendo aos juristas fomentar o debate e enriquecer o arcabouço de ideias e posicionamentos sobre o assunto.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “*plea bargaining*”, modelo estadunidense que corresponde a um dos principais expoentes da justiça penal negocial mundial e inspiração para os demais. Entretanto, apesar de sua fama como instrumento negocial, também sofre críticas pela falta de limites.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando uma pequena evolução histórica da justiça penal negocial, ressaltando os fatores que vêm impulsionando a resolução alternativa de conflitos a tornar-se uma tendência inevitável no cenário mundial.

No segundo capítulo, a pesquisa procurou contextualizar o Acordo de Não Persecução Penal como recente instituto da justiça penal negocial, trazendo seu procedimento e requisitos de aplicação.

No terceiro capítulo, o estudo volta-se totalmente a análise da viabilidade do Acordo de Não Persecução Penal, compreendendo os desafios de sua aplicabilidade, sobretudo aqueles impostos por parte da doutrina e levando em consideração os preceitos constitucionais da proteção as garantias do cidadão.

A pesquisa é desenvolvida pelo método exploratório, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, com a ajuda de bibliografia básica, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

Dessa forma, o presente trabalho possui como objetivo geral analisar a justiça penal negocial como um meio que pode amenizar a demanda de processos criminais, trazendo resultados positivos e mais céleres, sem deixar de levar em consideração todo o debate por trás de tal instituto, problematizando as possíveis inconsistências.

1. TENDÊNCIA MUNDIAL? A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL E SUA FORÇA DIANTE DO CENÁRIO GLOBAL

No mundo não é novidade, o modelo de justiça negocial atual tem origem no direito dos Estados Unidos da América e se expandiu pelo direito do mundo ocidental durante o século XX, mesmo que tenha iniciado na prática para só ser positivado posteriormente.¹

O Direito Penal ampliou seu objeto de tutela desde o século XX e continua com esse movimento nas primeiras décadas do século XXI, isso significa dizer que vem acontecendo um transpasse nas barreiras da intervenção mínima do Estado. A expansão do direito penal pode ser entendida como o crescimento da tutela penal em relação aos bens jurídicos que antes só eram tutelados pela esfera civil e administrativa, para exemplificar pode-se citar crimes ambientais ou contra a ordem tributária.² Trata-se de fenômeno denominado como administrativização do Direito Penal.

Entretanto, essa ampliação do Direito Penal acaba conflitando com a ideia de intervenção mínima, predominante no Direito Penal clássico.

Preconiza Cezar Bitencourt³:

[...] o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*⁴, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento

¹ SILVA, Sara Mossmann da. *Tendências e perspectivas do direito penal em face do acordo de não persecução penal*. 2021. 81 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

² GOMES FILHO, Dermeval Farias; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.13, n.1, 2016, p. 378-379.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 26. ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 54.

⁴ Expressão utilizada por Claus Roxin em sua obra. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2006, p. 65.

da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais.

Nesse sentido, cabe o questionamento: o Direito Penal, com suas garantias tradicionais, pode combater a criminalidade com eficiência? Aos auspícios de Silva Sánchez, a resposta é negativa. Para ele, não há dúvida de que o Direito Penal clássico de base liberal não detém capacidade para combater o fenômeno da macrocriminalidade.⁵

Entretanto, a *contrario sensu*, a expansão do Direito Penal acabou acontecendo em ritmo crescente, sendo que a Europa e a América não ficaram de fora dessa realidade⁶. Apesar das críticas, os reflexos da ampliação podem ser vistos perfeitamente hoje em dia com as diversas normas que tipificam condutas de perigo abstrato e outras tantas que protegem bens jurídicos coletivos.

Com isso, surge-se o questionamento: como seria possível atender à crescente demanda criminal para assim tentar evitar o colapso do sistema processual? E foi dessa maneira, a partir da segunda metade do século XX, que a Justiça Penal Negocial ganhou espaço, visando alterar os espaços de conflito por espaços de consenso, acompanhando o desenvolvimento da criminalidade moderna e propondo novos métodos de combate.⁷

O fato é que mesmo com toda a evolução da produção legislativa e da jurisprudência nesse sentido, inegável que o Código de Processo Penal brasileiro vigente ainda está atrelado às suas concepções tradicionais, estando muito mais para a Justiça Penal Retributiva do que para uma Justiça Penal Restaurativa que é mais ajustada ao direito penal negocial.

Dessa maneira, mister faz-se explanar os motivos incentivadores da criação da Lei nº 9.099 de 1995⁸, que regulamenta os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, marco da previsão dos primeiros mecanismos de aplicação da justiça penal negocial no país.

Um dos fatores é, sem dúvidas, a preocupação com a superlotação dos estabelecimentos prisionais que, em meados da década de 80, tomou proporções internacionais, mobilizando os países a discutirem sobre possíveis soluções ao encarceramento em massa, possibilitando um tratamento mais digno ao encarcerado.

⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

⁶ FARIA, Juan Danker Rocha. *Justiça Penal Negocial: o acordo de não persecução penal, uma análise do instituto*. 2020. 55 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2020.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 13 out. 2021.



Como produto do debate, foram criadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade – Regras de Tóquio⁹, com o intuito de estabelecer diretrizes para se evitar o aumento do encarceramento.

As aludidas recomendações estabeleceram caminhos a serem tomados para se combater todas as dificuldades mencionadas e diversas outras existentes, e para isso orientou os Estados-membros a tomarem iniciativas desde a fase pré-processual até a execução da pena, evitando-se a imposição de medidas privativas de liberdade, tendo a justiça penal negocial importante atuação nesse sentido.

No Brasil, como no resto do mundo, são enfrentados os mesmos obstáculos. Nesta feita, visando solucionar esse imbróglio, e inspirado pelas Regras de Tóquio, o Poder Legislativo decidiu inovar ainda na década de 1990 a maneira de se encarar o processo penal no país¹⁰.

A Lei nº 9.099/95¹¹, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no Brasil, é um grande reflexo do que as Regras de Tóquio orientam, como a criação de medidas descarcerizadoras e a previsão legal de um procedimento criminal mais simplificado. Ademais, merece ser ressaltada também a Lei nº 9.714/98¹² que ampliou a estipulação das penas restritivas de direito.

Com essas inovações, o Brasil aderiu a um movimento de aplicação do consenso no processo penal, já bem relevantes em âmbito mundial, a exemplo do *plea bargaining* nos Estados Unidos que, segundo Vasconcellos¹³, é uma regra absoluta. Aponta-se que em 1925, cerca de 90% das sentenças condenatórias se fundamentavam no *guilty plea*, que se trata de uma confissão de culpa do acusado, recebendo uma sentença mais branda do que receberia se passasse por toda persecução penal. Em 2013, Dervan e Edkins afirmaram que aproximadamente 97% das condenações na Justiça Federal nos EUA se davam com base em acordos com reconhecimento de culpabilidade.

⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Tóquio*: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. p. 22 Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regrasdetoquio.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95. São Paulo: RT, 2002, p. 31.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹² BRASIL. *Lei nº 9.714*, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCRIM, 2015, p. 154.

No Brasil, os mecanismos que caracterizam a justiça penal negocial brasileira são recentes e vêm sendo recepcionados de modo exponencial, exemplo é a criação do Acordo de Não Persecução Penal, trazido pela Lei nº 13.964/2019¹⁴.

2. A PREVISÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 PERANTE O ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ATUAL - O ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

O acordo de não persecução penal (ANPP), recentemente trazido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019¹⁵, instituindo o art. 28-A, positivou aquilo que estava previsto pioneiramente na Resolução nº 181/2017¹⁶, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente alterada pela Resolução nº 183/2018¹⁷.

Anteriormente à previsão legislativa, por se tratar de resolução interna do órgão, sua aplicação era condicionada à discricionariedade do Promotor. A previsão do Acordo no Código de Processo Penal (CPP) mantém a titularidade do MP para propô-lo, mas corrige alguns dos problemas da resolução.

O instituto, advindo da justiça consensual, é negócio jurídico extrajudicial, ou seja, estabelecido fora do sistema jurídico, entre o autor do fato delituoso e o Ministério Público.

Dentre os requisitos objetivos presentes no *caput* do art. 28-A, tem-se que o acordo de não persecução penal está condicionado a: i. não ser hipótese de arquivamento da investigação; ii. ter o acusado confessado completa, circunstanciada e formalmente a prática da infração penal; iii. ter cometido a infração penal sem violência ou grave ameaça; iv. possuir a infração penal pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, sendo consideradas para a aferição as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto; v. ser o acordo necessário e suficiente para a repressão e a prevenção do crime.

Quanto aos requisitos negativos de admissibilidade do acordo¹⁸, previstos nos incisos do parágrafo 2º do art. 28-A do CPP, impedem o *Parquet* de realizar ANPP se for cabível

¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 09 set. 2021.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>> Acesso em: 03 mai. 2022.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 183. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>> Acesso em: 03 mai. 2022.

¹⁸ LAI, Sauveí. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Migalhas*, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoessobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 14 fev. 2022.

transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, se o agente foi beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo ou nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

As condições ajustadas a serem impostas ao acusado cumulativa e alternativamente em decorrência do acordo firmado estão previstas em rol exemplificativo constante nos incisos I a V do *caput* do art. 28-A.

O procedimento para prática do ANPP exige acordo formalizado por escrito, presença de defensor do acusado e da homologação da autoridade judiciária, que ao verificar, em audiência com oitiva do investigado na presença de seu defensor, a voluntariedade e legalidade do acordo, poderá tomar duas decisões.

Caso o juiz homologue o acordo¹⁹, ele devolverá os autos ao Ministério Público para que dê início à execução perante o Juízo de Execução Penal. Já em caso de não homologação do acordo pelo juiz em audiência, ele poderá devolver os autos ao Ministério Público para que i) seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor, ii) seja feita a análise da necessidade de complementação das investigações ou iii) seja oferecida a denúncia.

Na hipótese de posterior descumprimento do Acordo, o MP deverá comunicar o fato ao juízo, para fins de rescisão e consequente oferecimento da denúncia.

No que se refere aos propósitos da implementação do ANPP, ressalta-se que os mecanismos negociais são pautados sob a égide do princípio da oportunidade e da intervenção mínima, visando a resolução de conflitos de forma alternativa e mais célere nos casos menos graves.²⁰

Frisa-se que, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do acusado. Logo, resta claro que a utilização e aplicação do acordo de não persecução penal buscam atenuar os efeitos sociais e morais que uma condenação na esfera criminal gera ao acusado.

¹⁹ BARBOSA, Ana Cássia. O “novo” acordo de não persecução penal. *Canal Ciências Criminais*, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

²⁰ LOUZADA, Ulysses Fonseca. (In)viabilidade do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Defensoria Pública RS*. 27. ed. 2020, p. 349.



Ademais, o mecanismo, típico da justiça negocial penal, objetiva a economia de gastos da máquina pública, dando prioridade aos casos de maior gravidade e relevância social e, o desafogamento do sistema carcerário e da máquina judiciária²¹.

O dispositivo previsto no art. 28-A do CPP aproxima-se da transação penal, instituto despenalizador pré-processual inserido pela Lei nº 9.099/95²², em seu artigo 76; pois ambos se desenvolvem em fase pré-processual, onde não há acusado, impedindo a instauração de uma ação penal. Nesse sentido, a transação penal, em tese, corresponderia a um ANPP aplicado a crimes de menor potencial ofensivo.

Quando cotejado com o *plea bargaining*²³, outro modelo de aplicação da justiça negocial advindo dos Estados Unidos, o Acordo de Não Persecução Penal se caracteriza pela anterioridade ao processo, ou seja, é definido pré-processualmente antes mesmo de deflagrar qualquer ação penal.

Ademais, o ANPP tem caráter de acordo definitivo, sem o devido processo legal e não se refere à imposição imediata de uma “pena”, mas sim de condições alternativas às penas. Cumprido o acordo, o acusado não se torna reincidente pois extingue-se a punibilidade, não ocorrendo condenação sumária. Neste sentido, o instituto promove a manutenção da primariedade do acusado.

As condições de cumprimento do Acordo não são e nem se propõem a ser sanções privativas de liberdade; assemelhando-se às penas restritivas de direitos. E, tem-se que, embora necessária confissão, não há qualquer valoração probatória no ANPP.

Por outro lado, inexistente previsão específica acerca da vedação ao uso da confissão do investigado em sede de ANPP posteriormente, em caso de descumprimento do acordo, bem como não há nenhuma garantia de que essa mesma confissão não possa ser utilizada nas esferas cível e administrativa.

A solução para preservar a confissão, requisito para o fazimento do acordo, é a negociação pertinente à defesa do acordante. Ou seja, os limites do uso do ANPP em tese estariam apenas vinculados às cláusulas estipuladas pelas partes.

Diante do regramento e das nuances deste instituto da justiça penal negocial em específico, vale discutir até que ponto se pode exigir que os investigados abram mão de certas garantias fundamentais, especialmente quando isso pode implicar violação maciça de direitos,

²¹ MASI, Carlo Velho. O Acordo de Não Persecução Penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública RS*. 26. ed. 2020, p. 269-270.

²² BRASIL, op. cit., nota 8.

²³ VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 18, nº 54, p. 347-382, jul./dez. 2019.

caso o ANPP torne-se, tal como é a perspectiva, um dos principais institutos despenalizadores do processo penal brasileiro.²⁴

3. VIABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MEIO ALTERNATIVO À SOLUÇÃO CÉLERE DA LIDE PENAL

A questão que se perfaz decorre da dissonância entre o instituto da justiça negocial pormenorizado anteriormente e os princípios constitucionais e processuais penais enraizados no ordenamento, a fim de evitar a ocorrência de um eventual (in)devido processo legal que vai de encontro à segurança jurídica e aos direitos dos indivíduos.

Em um primeiro momento, permeia-se a dúvida: o acordo é um direito subjetivo do acusado ou um mero ato de discricionariedade do Ministério Público?

O posicionamento de quem sustenta o caráter de direito subjetivo do ANPP tem guarida no princípio da igualdade, de forma que todos os que se encontrarem na mesma condição e preencherem os requisitos legais têm o direito subjetivo de ter a oportunidade de celebrar o acordo.²⁵

A segunda posição diferencia “arbitrio” de “discricionariedade”, já que não é dado a nenhum agente público agir arbitrariamente, sem a observância das balizas legais e princípios constitucionais. Ademais, sustentam que o caput do art. 28-A dispõe que o Ministério Público “poderá” propor o acordo, desde que “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, ratificando, assim, que a atuação ministerial é discricionária, dando-lhe margem para apreciação da suficiência da medida no caso concreto em atenção aos fins de prevenção geral e especial do Direito Penal.²⁶

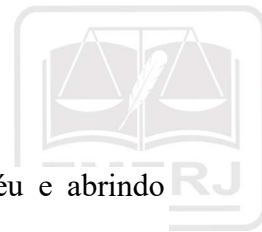
Em meio à divergência, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestou no julgamento do AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 130.587/SP²⁷, em decisão unânime, no

²⁴ MASI, op. cit., p. 281.

²⁵ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O Acordo de Não Persecução Penal: Permissões e Vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. *Acordo de não Persecução Penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivum, 2019, p. 336. No mesmo sentido: BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: *ibid.*, p. 63; e também LOPES JUNIOR, Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Boletim Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 08 mar. 2022.

²⁶ MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de Não Persecução Penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. *Revista do Ministério Público RJ*. nº 77. jul./set. 2020, p. 167.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg em HC nº 130.587*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=130587&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 08 mar. 2022.



sentido da segunda posição, entendendo não constituir direito subjetivo do réu e abrindo margem para o Ministério Público agir discricionariamente de acordo com o caso concreto. Posição esta que vêm sendo majoritariamente aceita tanto na jurisprudência quanto na aplicação casuística.

Outro ponto em voga acerca da viabilidade e das nuances do ANPP é a aproximação deste com o instituto da transação penal, principalmente no que se refere à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Tal mitigação, em ambos os institutos da justiça negociada, consagra o princípio da “discricionariedade mitigada”.

Isso porque, o princípio da obrigatoriedade da ação penal é conceituado como aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública.²⁸

Entretanto, o cumprimento desse dogma há muito vem se revelando impraticável. A utilização de instrumentos permitidos em lei pelo Ministério Público, vide o ANPP, obedecendo os princípios da cadeia constitucional, não viola, por exemplo, o princípio implícito da obrigatoriedade da ação penal, considerando que o estado, na figura do Ministério Público, age contra a infração penal para que se obtenha resultados céleres e eficientes perante o autor do fato ilícito e perante a sociedade.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes, em decisão monocrática²⁹, reforçou o entendimento de que, com o avanço os mecanismos de políticas criminais, o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública foi superado e passou a vigorar uma “discricionariedade mitigada”.

Ocorre que, em sentido diverso do até agora exposto, a ampla adesão à justiça penal negociada pelos países não é sinônimo de que o instituto não fira determinadas garantias individuais.

A ausência do devido processo legal; o excesso de discricionariedade do órgão acusador (Ministério Público); e a ausência de um efetivo “acordo” entre as partes, tendo em vista que, geralmente, o acusado estará em situação de desvantagem em relação ao Estado e ao MP são críticas que podem ser levantadas tratando-se do Acordo de Não Persecução Penal.

A justiça penal consensual, ou negociada, abrevia o procedimento comum previsto no CPP, tendo em vista a proposição antecipada do Acordo pelo MP. E, como já relatado, a

²⁸ MIRABETE, Júlio Fabrine. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 47.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 195.725*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345503686&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

confissão formal e circunstancial é requisito previsto no *caput* do art. 28-A do CPP para que haja tal proposição e para que seja formalizado o Acordo. Nesta feita, confessando o delito e as condutas que lhe foram imputadas, o acusado abdica do direito de contestar as acusações e, de certa maneira, renuncia ao devido processo penal e suas garantias para fazer jus a uma pena mais branda.

Dessa forma, no que se refere à mitigação de princípios legais e constitucionalmente previstos em confronto com a viabilidade deste instrumento da justiça negociada, conclusão diversa se dá em relação a outro princípio de suma importância na garantia dos direitos do acusado: o princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII da CF), que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, a presunção de inocência e o devido processo legal são notadamente mitigados com a celebração do Acordo, caracterizando um juízo de culpabilidade, com a imposição de uma pena sem processo que a preceda e sem a prolação de sentença condenatória determinando sua execução.³⁰

Em complemento, a aplicação do ANPP no processo penal brasileiro tende a esvaziar a função precípua do Poder Judiciário, haja vista que o magistrado deixa de exercer seu papel de decisor, passando a exercer a função de homologar Acordos previamente estabelecidos entre acusação e acusado.

Por fim, outra lacuna vislumbrada no que tange à celebração do Acordo é sua vedação aos investigados reincidentes ou que pratiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (art. 28-A, §2º, II do CPP), sendo a lei omissa no que diz respeito aos critérios caracterizadores do “criminoso habitual”, podendo gerar dúvidas quando de sua aplicação.

Não se nega o fato de que o processo penal necessita melhorias em sua execução, sobretudo no que diz respeito ao princípio da duração razoável do processo, garantia fundamental prevista no art. 5º, LXXVIII da CF.

Porém faz-se relevante a crítica de Lopes Jr.³¹ a este instituto, ao afirmar que não se pode objetivar a celeridade do procedimento se a consequência disso for o atropelo das garantias processuais, ou mesmo a completa supressão de uma jurisdição de qualidade, como acontece na justiça penal negociada.

³⁰ LOUZADA, op. cit., p. 353.

³¹ LOPES JR., Aury; PACZEK, Vitor. O Plea Bargain no Projeto “Anticrime”: remédio ou veneno? *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*. v. 11, nº 23, jan-abr. 2019. Disponível em: <https://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/1050/839>. Acesso em: 09 mar. 2022.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, tem-se que o trabalho apresentado objetivou demonstrar a viabilidade e as limitações da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, expoente da justiça negocial, no ordenamento jurídico processual penal brasileiro. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca relevantes discussões.

Verificou-se os aspectos positivos e negativos da ampliação dos espaços de negociação, com foco no Acordo de Não Persecução Penal, sendo certo que o que há de mais perigoso ao difundir a justiça negocial é justamente o confronto com princípios constitucionais e legais enraizados e difíceis de serem flexibilizados levianamente.

Inicialmente, foi constatado que, quanto à controvérsia acerca da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, qual seja, direito subjetivo do acusado ou mero ato de discricionariedade do Ministério Público, os Tribunais Superiores já vêm entendendo que o Acordo não constitui direito subjetivo do réu, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerar necessário e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal.

Em consonância com este entendimento, restou demonstrada a possibilidade da mitigação/relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, aquele em que obriga a instauração de inquérito e promoção, pelo MP, da ação penal pública, no que se refere à aplicação do ANPP e da transação penal.

Por outro lado, a relevância da pesquisa é evidenciada ao constatar que, de fato, a adesão maciça dos operadores do Direito à instrumentos de justiça negocial pode acarretar violações a determinadas garantias individuais previstas em princípios constitucionais e legais já consolidados na doutrina e na jurisprudência.

Tal constatação restou clara, no decorrer da pesquisa, diante da busca pela celeridade e pelo excesso de discricionariedade em determinados casos, características marcantes dos instrumentos de justiça negocial. Isso porque, ao abreviar determinados procedimentos legais deixando de seguir os comandos previstos em lei, notório o enfraquecimento do devido processo legal.

Além desse fator, concluiu-se pela existência de uma eventual superioridade do órgão do Ministério Público em relação ao acusado, que fica submetido à aceitação de um acordo formulado nos moldes determinados pelo *Parquet*.

Princípio de extrema relevância para o Processo Penal, o da presunção de inocência, também é, de certa forma, relativizado para que seja formalizado o Acordo conforme previsão legal, pois a confissão formal e circunstanciada é requisito para a propositura do Acordo que é aplicado no intuito de trazer maiores benefícios ao acusado que preencher as condições impostas.

A exigência da confissão pelo acusado leva perigo para a existência do Processo Penal sedimentado, ou seja, aquele pautado em observar os direitos e garantias individuais em consonância com a Constituição Federal, na medida em que impõe barreiras ao direito do acusado de contestar as acusações que lhe são impostas e da garantia de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, utilizando-se de todos os meios de prova aceitos no Direito Penal.

O juízo de culpabilidade executado quando postos em prática os mecanismos de negociação, se demonstra falho quando confrontado com os princípios supramencionados, determinando uma pena sem processo, sem apreciação de provas e sem contraditório e ampla defesa.

Cristalino também o esvaziamento da função primordial do juiz de direito nos casos em que formalizado o Acordo, haja vista que o julgador somente homologa os ditames propostos pelo Ministério Público ao acusado, desprovido de poder decisório capaz de alterar os rumos das consequências relativas à infração penal praticada.

Cediço que há lacunas na previsão do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019. Pode se vislumbrar, de forma objetiva, por exemplo, a lacuna no que diz respeito aos elementos que particularizam o “criminoso habitual”, já que a Lei veda a celebração do Acordo para esse grupo de agentes.

Conclui-se, assim, que a pesquisa possibilitou o reconhecimento de pontos que necessitam de melhor delimitação e mudanças para que o Acordo de Não Persecução Penal seja consonante com princípios constitucionais caros ao ordenamento jurídico, mas sem negar a semelhante necessidade de um Processo Penal célere e desencarcerador, a fim de desafogar o Judiciário e as prisões penais do Brasil.

Imperiosa foi a tarefa de compreender a importância dos mecanismos negociais para o Processo Penal sem fechar os olhos para as diversas lacunas e controvérsias passíveis de melhorias para não violar fundamentos e princípios relevantes e difundidos. É certo que o estudo do tema vai além e que sua compreensão está em evolução dada a sua complexidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ana Cássia. *O “novo” acordo de não persecução penal*. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BARROS, Franciso Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 26. ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm?msckid=99b9dd7baad511ecbee35d7533dae94b. Acesso em: 22 mar. 2022.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 14 fev. 2022.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Lei nº 9.714*, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus nº 195.725*. Impetrante: Lucas Santos de Paula Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 28 de janeiro de 2021. Diário da Justiça, Brasília-DF, 29 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345503686&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 130.587*. Agravante: Beatriz Coromoto Gomez Gonzalez. Agravado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 17 de novembro de 2020. Diário da Justiça, Brasília-DF, 23 de novembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=130587&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 08 mar. 2022

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade*. Brasília: CNJ, 2016. p.22.



Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regrasdetoqueio.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

CABRAL, Thiago. *As raízes do autoritarismo no Código de Processo Penal de 1941*. Canal Ciências Criminais. 2019.

GOMES FILHO, Dermeval Farias; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.13, n.1, 2016, p. 378-379.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*. São Paulo: RT, 2002.

FARIA, Juan Danker Rocha. *Justiça Penal Negocial: o acordo de não persecução penal, uma análise do instituto*. 2020. 55 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2020.

JOSITA, Higyna; LOPES JR., Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*. 6 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 13 out. 2021.

LAI, Sauveí. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Migalhas*, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoessobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 14 fev. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____; PACZEK, Vitor. O Plea Bargain no Projeto “Anticrime”: remédio ou veneno? *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*. v. 11, nº 23, jan-abr. 2019. Disponível em: <https://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/1050/839>. Acesso em: 09 mar. 2022.

LOUZADA, Ulysses Fonseca. (In)viabilidade do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Defensoria Pública RS*. 27. ed. 2020.

MASI, Carlo Velho. O Acordo de Não Persecução Penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública RS*. 26. ed. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabrine. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1993.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de Não Persecução Penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. *Revista do Ministério Público RJ*. nº 77. jul./set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei nº 13.964/2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Sara Mossmann da. *Tendências e perspectivas do direito penal em face do acordo de não persecução penal*. 2021. 81 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, nº. 299, out. 2017.

_____. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 18, nº 54, p. 347-382, jul./dez. 2019.