

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO

Gustavo Hansel Metz

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Santa Cruz do Sul
2022

Gustavo Hansel Metz

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Eduardo Ritt.

Santa Cruz do Sul
2022

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais que sempre ofereceram o incentivo ao estudo e o apoio necessário para que eu me dedicasse a ele.

Aos meus professores que desempenharam papel de guia quando trilhei os caminhos da minha formação acadêmica.

E em especial, a minha irmã, que cujo sem o constante apoio em todas as facetas da minha vida, esse trabalho certamente não teria se concretizado.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema o acordo de não persecução penal (ANPP) instituto que se configura como uma medida de justiça consensual, pela qual o agente do Ministério Público e o investigado entram em um acordo, fixando se uma série de medidas mais brandas que sanção penal, e que se cumpidas levam ao arquivamento do processo. Nesse contexto, busca se analisar o ANPP e avaliar se o oferecimento do acordo de não persecução penal se configura como um direito objetivo do réu ou um poder discricionário por parte do *parquet*. Para obter tal informação, foi realizada uma pesquisa teórica utilizando se livros, artigos e legislação, bem como jurisprudência relevante a questão. Teve como livro base para formulação do texto o Acordo de Não Persecução Penal (2019) de Francisco Dirceu Barros e Jefson Romaniuc, complementado por diversas obras posteriores. Por fim conclui-se pela solidificação de uma corrente majoritária que entende pela possibilidade da não oferta do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Justiça Consensual. Sistema Penal. Poder discricionário.

ABSTRACT

The present study addresses the Non-persecution agreement (NPA), an institute that sets up itself as a consensual justice measure, in which the Public Prosecution agent and the investigated join an agreement, fixing a series of milder conditions than the standard punishment, and if all of them are fulfilled, the charges are dropped. In this context, the study goal is to analyze the NPPA and evaluate if it constitutes itself as the investigated right or an option the Public Prosecution agent may choose to offer. To obtain said information, theoretical research was conducted using books, articles, legislation and relevant jurisprudence. The main source was the book *The Non Persecution Agreement* (2019) from Francisco Dirceu Barros e Jefson Romaniuc, complement by multiple more recent books. Finally, the study concludes that the vast majority understand for the possibility of the non-persecution agreement not being offered.

Keywords: Non Persecution Agreement, Consensual Justice, Penal System, Discretionary Power.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	06
2	INTRODUÇÃO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	08
2.1	Sobre o acordo de não persecução penal.....	08
2.2	Justiça Consensual e ANPP	13
2.3	Aplicação do acordo de não persecução penal	17
3	CELEBRAÇÃO E RESISTÊNCIA AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	22
3.1	Celebração do acordo de não persecução penal.....	22
3.2	Acordo de não persecução penal como meio de justiça	25
3.3	Críticas ao acordo de não persecução penal	28
4	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E PODER DISCRICIONÁRIO ...	32
4.1	Sistemas processuais penais	32
4.2	O princípio da obrigatoriedade da ação penal	35
4.3	Disponibilidade do acordo de não persecução penal	38
5	CONCLUSÃO.....	44
	REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no ordenamento jurídico brasileiro, ele se configura como um instituto de justiça negocial que possibilita a formação de um acordo entre o agente do Ministério Público e o investigado. Tal acordo exige a confissão formal do delito pelo investigado bem como uma série de requisitos objetivos para a sua aplicação, e em troca de sua adesão, lhe são aplicadas medidas mais brandas do que a sanção penal, e mediante cumprimento integral dessas medidas pelo acusado, é extinta a punibilidade.

Possui como objetivo realizar uma análise do acordo de não persecução penal, dos princípios e fundamentos jurídicos que o regem a sua aplicação e celebração, buscando entender a sua classificação no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, devido a se constituir como o mais recente instituto de justiça negocial, possuindo requerimentos até então não introduzidos, maior flexibilidade de medidas aplicáveis pelo Ministério Público e aplicação mais ampla do que os anteriores, pode a vir o agente ministerial vir a se recusar a sua oferta ao investigado?

Para melhor entender se o acordo de não persecução penal se classifica como um direito líquido e certo do acusado ou um poder discricionário do agente ministerial, foi realizada uma pesquisa teórica, utilizando-se de livros, artigos, legislação e jurisprudência. A obra de maior influência na formulação da presente monografia foi o Acordo de Não Persecução Penal (2019) Francisco Dirceu Barros e Jefson Romaniuc, complementado com obras mais recentes.

O primeiro capítulo é introdutório ao assunto, tendo como objetivo principal contextualizar o objeto de estudo, o acordo de não persecução penal, bem como um estudo comparativo com os outros institutos de justiça negocial, em especial a transação penal e suspensão condicional do processo.

No segundo capítulo, é abordado como ocorre a celebração prática do acordo, analisando se suas diversas etapas, a sua classificação diante do contexto da justiça negocial e críticas que recebeu com a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

E no terceiro e final capítulo é analisado o princípio da obrigatoriedade da ação penal e como o acordo de não persecução se relaciona com ele, partindo para o ponto da classificação do ANPP como um poder discricionário por parte do agente ministerial.

2 INTRODUÇÃO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de não persecução penal, previsto de início na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi recentemente inserido no Código de Processo Penal (CPP), art. 28-A, pela Lei nº 13.964/2019, popularmente denominado o Pacote Anticrime. Refere-se a possibilidade de acordar, realizar um negócio jurídico, entre as partes do Ministério Público e o investigado com seu respectivo defensor, buscando encerrar a fase pré-processual, devendo o investigado cumprir uma série de exigências e condições.

Trata-se do mais recente instituto de justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro, tendo a possibilidade de aplicação mais ampla, porém com requisitos atípicos dos demais mecanismos similares.

2.1 Sobre o Acordo de Não Persecução Penal

A compreensão do objeto base de estudo é essencial a análise de qualquer aspecto, e se falando do Acordo de Não Persecução Penal, Barros e Romaniuc (2019, p. 21) o conceituam:

O Acordo de Não Persecução Penal é um instrumento jurídico extraprocessual que visa, na esteira de uma política criminal de descarcerização, realização de acordos bilaterais entre o Ministério Público e o perpetrador de ilícitos penais para que cumpra determinadas medidas, sem a necessidade de sofrer todas as mazelas que o processo criminal tradicional pode acarretar.

Definição que aponta a diversas características dessa nova ferramenta jurídica como a classificação dele na justiça penal negociada, um instrumento extraprocessual que busca um acordo entre a acusação e o acusado, fazendo-se concessões por ambas as partes. Modalidade de justiça penal que está sendo introduzida para auxiliar na celeridade do processo penal, problema nitidamente notado pelo Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça do ano de publicação do ANPP, constatando que a duração média do processo penal é 3 anos e 1 mês, e apenas em 2019, foram ingressados no Poder Judiciário 2,4 milhões de novos casos criminais. Nesse cenário não é incomum a prescrição, causando ineficiência do poder punitivo, mesmo em casos com demasiada

comprovação de autoria e materialidade, enfraquecendo como um todo a percepção da solidez da lei.

O segundo aspecto perceptível é a aplicação da pena alternativas a carcerização do indivíduo, evitando o isolamento social do mesmo e iniciando a aplicação de forma imediata, evitando a lentidão processual. Medida mais do que necessária a infrações brandas, que por força de Lei ainda necessitam seguir todo o processo judicial, sendo custoso e moroso, mesmo com o baixo impacto da infração.

Propriamente conceituado, o acordo de não persecução foi introduzido respaldado por uma série de princípios que justificam e regulam a sua efetividade, sendo eles conforme Barros e Romaniuc (2019), o princípio constitucional da celeridade processual, princípio da efetividade e o princípio da economia processual.

Se tratando do princípio da celeridade processual, está presente no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, e vai no sentido de garantir a duração razoável dos processos e a utilização de meios para alcançar a tramitação com brevedade (BRASIL, 1988). No entanto sua aplicação de forma efetiva é laboriosa visto a dificuldade de implementação de medidas que tragam o trâmite logo, mas que não comprometam a segurança jurídica do processo. O acordo de não persecução penal se mostra por sua vez, uma aplicação efetiva do princípio, pois atua na fase inicial do processo, e se exitoso, representa significativa celeridade no processo.

Ribeiro (2006) afirma que o princípio da efetividade consiste numa garantia constitucional que vai além da formulação de petição, mas que a mesma ocorra com eficácia para gerar seus efeitos esperados. Isso é, o tempo que o processo leva a decorrer não pode corromper o objetivo primário do mesmo, frustrando o próprio processo.

De acordo com Barros e Romaniuc (2019), o princípio da economia processual tem como base a utilização do meio mais eficiente dentro do processo, e o acordo de não persecução penal, é um exemplo sumo do mesmo, evitando os procedimentos não necessários. Nota-se que a aplicação do ANPP, tem efeitos que vão além da esfera do Poder Judiciário, afetando também o Ministério Público que pode resolver mais rapidamente e com menor esforço as infrações mais brandas e focar seus esforços para os crimes mais graves. Tese reforçada por Boschi (2010, p. 134), quando comenta sobre o custo de oportunidade da ação penal:

A flexibilização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda mais radicalmente, a instituição do princípio da oportunidade da ação penal pública entre nós, desde que, observada a recomendação de Roxin, o Ministério Público estabelecesse uma política de persecução penal, daria melhores condições para a Instituição priorizar a atividade na punição dos fatos que causam maior lesividade social e ao mesmo tempo propiciaria o alívio das pautas judiciais em favor da otimização orçamentária, como propõe conhecido princípio de direito administrativo.

Ato que faz uso do poder discricionário do Ministério Público, podendo seus agentes, seguindo os moldes estipulados pela legislação melhor canalizar seus esforços ante as ações penais de maior e menor impacto social, tornando mais breves as brandas e estipulando de maneira mais personalizada as condições que o infrator deve seguir.

Quanto a sua natureza, Barros e Romaniuc (2019) afirmam que o acordo de não persecução penal, tem como objetivo o arquivamento da investigação, possuindo então natureza de arquivamento condicionado, visto que cumprindo se as cláusulas geram resultado único. No entanto, é notável que o arquivamento não é o resultado único da aplicação do ANPP, sendo este apenas o caso quando ocorre o cumprimento na sua totalidade. O outro desfecho possível, é mediante a violação das condições interpostas, a ineficácia do acordo e prosseguimento da denúncia contra o investigado. Por isso, a designação de natureza de arquivamento condicionado, por si só, não é capaz de englobar na sua totalidade o acordo de não persecução penal, visto que só aplica a uma das possibilidades do mesmo. Portanto, Barros e Romaniuc (2019, p. 24) afirmam que:

Por ser um instrumento jurídico efetivado fora da relação jurídico-processual, o Acordo de Não Persecução Penal tem também a natureza de negócio jurídico extraprocessual, ressaltando-se que, em nenhuma hipótese, gerará pena.

As restrições impostas pelo acordo de não persecução penal não podem ser consideradas penas, visto que por definição, o acusado deve de vontade própria aceitar o acordo com as respectivas restrições. E o ato de concordância com o seguimento das medidas estipuladas desclassifica na sua totalidade a classificação de pena. E concordante com esta tese, Cabral (2019), o acordo se difere do *plea bargain* no sentido que o segundo possui a aplicação de sanção penal mediante seu descumprimento, já no caso do acordo, se não seguido não há aplicação de pena

alguma, mas sim o oferecimento da denúncia pelo agente do Ministério Público e seguimento da instrução processual.

Analisadas as noções gerais do acordo de não persecução penal, o encontramos no artigo 28-A do Decreto Lei nº 3.689 de Outubro de 1941, lá introduzido pela Lei 13.964 de 2019, e inicia-se estipulando os 4 requisitos essenciais a sua aplicação: a) não ser caso de arquivamento; b) ter o acusado confessado formal e circunstancialmente; c) o delito não ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça; d) pena mínima inferior a 4 anos, bem como, sendo o acordo suficiente a reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 2019). Mediante se o primeiro requisito, busca se evitar a possibilidade de oferecimento do acordo em situações de investigação que não possuam solidez para se concretizar em ações penais, seja ausência da materialidade ou autoria suficiente, ou devido a decorrência do tempo, a pretensão punitiva já ter prescrevido.

A confissão, ainda tema de controversas, nas palavras de Barros e Romaniuc (2019) não tem o objetivo de forçar a confissão de uma pessoa inocente, nem há de se falar de produção de prova contra si mesmo, mas sim dar uma descrição clara e precisa, que acompanhada dos esforços investigativos, buscar evitar os óbices do processo penal. Nota-se que a mera confissão, conforme descrita no artigo não é suficiente para a celebração do acordo, pois sem a presença de demais elementos que indiquem a autoria e materialidade, haveria certamente a possibilidade e concretização de falsas confissões com intuito de beneficiar terceiros. Não é fantasioso o cenário onde um indivíduo que seria menos impactado pelas restrições do ANPP poderia tentar assumir a autoria da infração para beneficiar pessoa de seu círculo íntimo, e por isso, é necessário o material coletado na fase investigativa.

Além dessa questão, a confissão também desempenha papel fundamental na possibilidade do descumprimento do acordo, nos termos de Barros e Romaniuc (2019, p. 72).

Sendo ato espontâneo do acusado, eventual descumprimento do acordo possibilitará o uso dessa mídia como meio de prova contra ele. Cuidando-se de declaração feita de forma livre e assistida por advogado legalmente habilitado para o ato não há motivos para se taxar tal prova de ilícita.

Enquanto o acordo é por natureza vantajoso ao investigado, o seu descumprimento acarreta consequências que se estendem além da mera

terminação do ANPP, sua influência atingindo também o processo penal futuro. Fato ainda tema de discussões, havendo posicionamento contrário a sua aplicação como Rodrigues (2021) explica que não é razoável exigir que o investigado admita a prática de infração penal, com intuito de ter um benefício, sem sequer ter ocorrido a denúncia.

Ainda nas palavras de Barros e Romaniuc (2019) a confissão, para ser aceita pelo acordo de não persecução penal, deve seguir duas categorias distintas de requisitos. Os intrínsecos, que por sua vez possui quatro facetas: a verossimilhança, quão provável a infração ocorreu conforme a descrição do acusado; a clareza, que preza pela narrativa livre de dúvidas e controversas; a persistência fática, ou quão próximo a confissão está da ação delituosa e a coincidência que analisa o relato com os elementos informativos que fundamenta imputação.

Há ainda os elementos formais necessários a confissão, sendo eles: a personalidade, que demanda a confissão diretamente do acusado e não por procurador ou intermediário; a visibilidade que garante o gravação de audiovisual da confissão por parte do agente do Ministério Público; a espontaneidade, impedindo a indução ou coação de qualquer espécie ou maneira, seja o constrangimento físico ou moral; a imputabilidade, para não haver dúvida que a confissão possa ser fantasiosa; e a atribuição legal, que só permite que o relato seja efetuado perante o agente do Ministério Público, pois o mesmo será o responsável do oferecimento da denúncia em caso de descumprimento.

São ofertados acordos apenas a investigados cuja infração não foi efetuada mediante a violência ou grave ameaça, e nas palavras de Rodrigues (2020), a violência referida no artigo é especificamente contra pessoas, sendo a infração com violência contra objetos, ainda cabível do acordo de não persecução penal, bem como no caso do homicídio culposo, pois o impedimento é a violência ou grave ameaça da conduta e não do resultado.

E tendo como último requisito, o limite da pena mínima de 4 anos, e o mais subjetivo do conjunto, ser o acordo suficiente para reprovação e prevenção do crime, e de acordo com Rodrigues (2020) será proporcional o acordo quando ao analisar se o meio utilizado e objetivo pretendido, escolhendo-se o método menos danoso com maior eficiência. Havendo-se dúvida que as restrições aplicadas foram as mais ideais ao devido caso, ou surgimento de informação ou circunstância que venham a

afetar a eficiência do acordo, o artigo no seu parágrafo quinto prevê a possibilidade de formulação de nova proposta pelo agente do Ministério Público. Quanto ao relato e sua realização Barros e Romaniuc (2019, p. 86).

Sendo o acordo de não persecução um instrumento com nítido caráter despenalizador e, ao mesmo tempo, processual, mostra-se de relevância ímpar que ele possua, em seu corpo, a narrativa individualizada do fato delitivo. Assim como uma denúncia deve descrever quem (com qualificação detalhada do investigado), onde, quando, como e por que praticou o ato delitivo, o acordo em tela, como instrumento relacionado à prática delitiva, deve possuir essa mesma minudência de forma a não apenas individualizar o fato, mas também permitir o controle do acordo pela autoridade judicial.

Visto que o acordo serve como uma alternativa extrajudicial ao prosseguimento da denúncia e ação penal, e possui capacidade de arquivamento comparada aos meios judiciais, é necessário que tanta a confissão como o cumprimento das condições sejam efetuados e fiscalizados com igual zelo dos procedimentos judiciais.

Além do relato, é necessária a notificação da vítima, e parte-se para a apreciação judicial do acordo, conforme Barros e Romaniuc (2019) o Magistrado não deve meramente apenas aceitar ou recusar o acordo, mas analisar a proporcionalidade da infração e das medidas de restrição, e se foram assegurados ao acusado todos os seus direitos, desde presença de assistência técnica a confirmação que o mesmo entendeu as possíveis consequências da violação do acordo.

Para desempenhar seu papel de método extrajudicial na sua total efetividade, é necessária a transparência dos termos acordados, frustrando-se tanto em função como objetivo se o investigado vier a descumprir alguma das medidas devido à falta de entendimento ou falha de compreensão. Mas seguindo-se os requisitos, e com aprovação do Magistrado, é o acordo devolvido ao agente do Ministério Público para sua implementação.

2.2 Justiça Consensual e o ANPP

A justiça negocial no Brasil possui uma história consideravelmente breve, tendo seu início no final do século XX, mais especificamente em 1995, através da Lei Nº 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Através

dessa lei, foram introduzidos na justiça penal os dois primeiros institutos consensuais, a transação penal e a suspensão condicional do processo (SURSIS).

Após essa introdução da consensualidade no sistema penal brasileiro, foram introduzidos diversos outros elementos, principalmente de natureza processual penal, como a colaboração premiada como acordo pela Lei 9.807/99, também conhecida como delação premiada, onde o indivíduo acorda com o agente do Ministério Público, recebendo vantagens em troca de fornecer informações relevantes a um fato crime específico.

Mais de uma década depois, foi introduzida a Lei 12.850/13, também trazendo meios consensuais de obtenção de provas em investigações de crimes de organizações criminosas e crimes transacionais. No mesmo ano, foi também aprovada a Lei 12.846/13 denominada Lei Anticorrupção Empresarial, que tornava agora possível realizar acordos para redução de pena tratando se de crimes de corrupção. Com a aprovação de 2 leis atuando em áreas distintas de matéria penal, percebe uma difusão maior da aplicação da justiça consensual, principalmente na área processual com o intuito de obtenção de provas.

E como final exemplo desse rol até então, temos o Acordo de não persecução penal, se assemelhando muito mais com a transação penal e SURSIS, atuando como um meio de extinguir a punibilidade em troca da prestação de diversas condições pelo acusado. E assim se deu a expansão do modelo de justiça negocial, processo importante para auxiliar a justiça a se manter capaz de atender as demandas cada vez maiores. Nas palavras de Frieschen (2020) há se uma necessidade de superar o modelo jurídico que nenhum crime pode ficar impune, *nec delicta maneat impunita*, pois tal modelo se tornou economicamente inviável e ineficiente, devendo se levar em consideração o princípio da oportunidade e mínima intervenção do sistema penal. Ou seja, a aplicação do princípio da obrigatoriedade penal de maneira absoluta não é mais compatível com a realidade moderna, devido ao constantemente crescente número de processos, é necessário criar se meios que tenham custo e requerem tempo menores para tratar dos crimes com menor potencial de dano.

Todos têm o intuito de oferecer métodos alternativos de resolução a processos penais, porém enquanto compartilham diversas semelhanças, possuem suas características individuais quanto a sua utilização. Primeiramente, há o

momento processual onde o instituto pode ser oferecido, tanto a transação como ANPP vão ser tipicamente oferecidos anteriormente a denúncia, e irão acarretar na extinção da punibilidade caso o acusado venha a cumprir todas as condições impostas. Já o SURSIS é oferecido em conjunto com a denúncia e igualmente extingue a punibilidade com o cumprimento das condições.

Por serem institutos que oferecem condições favoráveis ao acusado e evitam o trâmite processual, são aplicáveis apenas os crimes considerados de menor potencial ofensivo e cumpram requisitos em relação a forma e pena. Para a suspensão condicional do processo, limita-se pena mínima a igual ou inferior a 1 ano; a transação penal por sua vez, é limitado pela pena máxima ao invés da mínima e deve ser igual ou inferior a 2 anos; e o acordo de não persecução penal é também pela pena mínima, devendo ser necessariamente inferior a 4 anos.

Para todos os três, o investigado deverá ser réu primário e o SURSIS ainda tem como requisito adicional o acusado não estar sendo processado por outro crime. E ainda, para ser elegível a qualquer um dos institutos, o acusado não pode ter se beneficiado pela transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos 5 anos, ou seja, enquanto os dois se constituem como causa que impede a aplicação de qualquer das 3 modalidades dentro de um período de 5 anos, incluindo o ANPP, ele por sua vez não implica essa restrição nos demais.

Em relação as condições impostas pelos institutos, nota-se que nenhuma se caracteriza como pena, visto que são aplicadas anteriores ao processo penal e sim de responsabilidade civil, desfazer o dano e contribuir a sociedade, e se diferem da seguinte maneira: a transação penal costuma no seu rol de possíveis condições a pena de multa ou restritiva de direitos, perda de bens e valores, limitação do final de semana, prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos.

O SURSIS possui um rol de condições mais proibitivo, porém ainda presente a reparação do dano sempre que possível fazê-lo, bem como, proibição de frequentar determinados lugares, ausentar-se da comarca e apresentar-se na juíza de forma rotineira para justificar suas atividades.

Já o acordo de não persecução possui o seu próprio rol delimitado, englobando reparação do dano, renúncia voluntária dos bens, instrumentos e proveitos do crime, prestação de serviço à comunidade e prestação de pecuniária. Nota-se um conjunto de medidas focadas em desfazer o dano produzido e

contribuição a sociedade como medida socioeducativa de reinserção social do acusado. Além dessas opções, pode o agente do Ministério Público aplicar qualquer outra condição, desde que adequada ao caso, que o *parquet* entenda como benéfica ou necessária a situação. Percebe que o ANPP possui como característica única, um rol não exaustivo de medidas que permitem maior flexibilização, melhor adequando as imposições com a realidade do acusado e o delito praticado,

Com o cumprimento da medida, tem se como resultado comum para todos a extinção da punibilidade. Além disso, não gera reincidência para possível denuncia futura, demonstrando um caráter extremamente vantajoso ao acusado e servindo de incentivo adicional para cumprimento total das medidas.

Já no ponto de vista do acusado e seu procurador, há se ainda mais uma análise que é benéfica de se realizar, a escolha de qual instituto negocial escolher. Em certas circunstâncias e possíveis penas, o acusado pode vir a se qualificar tanto para o acordo de não persecução penal bem como a suspensão condicional do processo, e nessa situação, devido as diferenças entre as opções, a vantagens e desvantagens dependendo de qual for oferecido.

Isso ocorre, pois o ANPP pode ser considerado “mais amplo” enquanto o SURSIS é “menos amplo”. O primeiro tem no seu artigo 28-A do Código Processual Penal a limitação de que, se o acusado já foi beneficiado por transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal nos 5 anos anteriores, ele não é elegível para um novo ANPP. Ou seja, tendo sido o investigado beneficiado por qualquer um deles, perde o direito de um novo acordo dentro do prazo estipulado.

O SURSIS por sua vez, foi criado anteriormente, e também possui como requisito, que o investigado não tenha sido beneficiado por outro SURSIS ou transação penal em um período de 5 anos, mas não o acordo de não persecução penal, sendo assim, cabível a realização da suspensão condicional do processo após um acordo de não persecução penal.

Ou seja, em uma situação fática, onde um indivíduo está sendo denunciado por um crime cuja pena e condições o tornem elegível tanto para suspensão como o acordo, e no caso, apenas o primeiro tenha sido oferecido pelo agente do ministério público, é benéfico ao acusado que seu procurador requeira e tente negociar a aplicação do ANPP.

Pois não apenas as condições do acordo podem ser consideradas mais brandas, mas a principal vantagem seria resguardar a possibilidade de aceitar uma suspensão condicional do processo futura mesmo dentro do período de 5 anos.

2.3 Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal

Devido a quão recente o acordo e não persecução penal é, ainda se explora as diferentes possibilidades de sua aplicação, e enquanto é natural que se entenda cabível o seu uso em caso de infrações como contrabando ou estelionato, mas existe a possibilidade de aplicação mais ampla, Barros e Romaniuc (2019, p. 58) considera que:

Percebam que, dentre as vedações para realização do Acordo de Não Persecução Penal, não há qualquer menção aos crimes eleitorais. Nesse tom, não resta outra conclusão senão pela sua possibilidade, desde que se enquadrem nos requisitos genericamente estabelecidos pela resolução nº 181/2017. Em outras palavras, não sendo o crime eleitoral cometido mediante violência ou grave ameaça, possuindo pena mínima inferior a quatro anos e havendo confissão nos autos, não há impedimento para sua concretização na seara eleitoral.

Utilização do acordo, que se possível, será de alta efetividade pois combate diretamente um dos principais problemas da justiça eleitoral, a morosidade da sentença permite que infrator venha a se beneficiar por um período muito longo, sendo, portanto, uma resposta rápida o melhor método para inibir a reiteração.

No entanto, sua aplicação nos crimes eleitorais ainda não está consolidada, havendo motivos e justificativas para impedir sua aplicação conforme Fernandes e Martins (2020) afirmam que o ANPP só é aplicável se suficiente para a reprovação e prevenção do crime, e possível sua aplicação no Direito Penal visto que o destina-se a proteção dos bens jurídicos. Já nos crimes eleitorais, o bem jurídico que está sendo lesado consiste na regularidade do pleito eleitoral, e a sua prevenção é mediante impedir que o investigado exerça função com poder para novamente cometer a infração. Porém, a inelegibilidade eleitoral só ocorre mediante a condenação transitada em julgado, ou proferida por órgão colegiado, não servindo, portanto, o ANPP com meio eficiente de prevenção e não sendo cabível sua utilização para crimes eleitorais.

Outra possibilidade de aplicação que cabe análise é o acordo nos crimes militares, pois em seu artigo, se faz omissa a sua utilização no processo penal militar. Assim não se tendo uma resposta clara, surge a possibilidade e controvérsias da sua aplicação, que nos termos de Barros e Romaniuc (2019) ocorre um conflito entre os princípios da aplicação da lei mais benéfica, da analogia e isonomia com a especialidade da Justiça Militar e seus respectivos princípios da hierarquia e disciplina.

Verificando se os requisitos do acordo, não estariam eles desqualificando de forma objetiva a aplicação no âmbito militar, ademais, notável que o Processo Penal Militar utiliza-se da legislação Processual Penal comum de forma subsidiária, suprindo com matéria dela desde que não prejudique o processo militar.

No entanto já houve manifestação acerca do assunto na Res nº 181/2017 do CNMP, afastando a possibilidade do acordo de não persecução penal em crimes militares, quando estes venham a afetar hierarquia ou disciplina, tornando clara a impossibilidade quando se tratando dessa matéria específica, mas segue que, em situações que não se façam presente alguma dessas duas características, seria possível sua aplicação.

Nesse mesmo sentido, Barros e Romaniuc (2019) apontam que vigora o princípio da isonomia entre crimes de natureza comum e delitos militares impróprios, visto que há previsão dos mesmos crimes em ambas as legislações, se diferindo apenas no agente infrator ser militar ou não. Portanto, estaria justificada a possibilidade de aplicação do acordo em tais casos usando como base o princípio da isonomia, por ser considerado uma opção mais benéfica, deveria ser ofertado ao infrator militar que se enquadre nos requisitos.

Portanto, visto que o acordo de não persecução penal não possui proibição explícita a sua utilização em âmbito militar, enquanto expressamente o proíbe em outras circunstâncias, em matéria diversa há limitação apenas em crimes militares que envolvam hierarquia e disciplina, e levando em conta os princípios analisados que respaldam tal posicionamento, pode-se considerar aplicável o acordo no processo penal militar.

No primeiro inciso, traz-se ao investigado a obrigação de reparação ou restituição da coisa, com a ressalva no caso se impossível fazê-lo, possibilidade já considerada pelo legislador e na doutrina, conforme Gomes (2019) afirma que não

sendo possível a reparação, olha se para outras medidas que possibilitem o acusado demonstrar sua ressocialização, devendo o foco ser a demonstração de boa vontade e respeito aos valores constitucionalmente reconhecidos.

É seguido pela exigência de renúncia voluntária dos bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos ou proveito do crime, que está fortemente relacionado com os artigos 91 do Código Penal que fala sobre a perda de bens, não sendo, portanto, novidade em matéria penal.

Conforme o terceiro inciso, é possível condição possível, a prestação de serviço à comunidade, e conforme Barros e Romaniuc (2019) é necessário cuidado a aplicação de prestação de serviço, definindo-se os horários de maneira a não prejudicar a estrutura familiar e profissional do acusado.

Entre todas as condições possíveis de aplicação, a prestação de serviço à comunidade pode ser considerada a que melhor cumpre o papel de reabilitação do acusado a sociedade, no sentido que ocorre ao longo de uma extensão prolongada de tempo, permitindo reflexão sobre a infração cometida e o serviço prestado em prol da comunidade como um todo, e possui uma imagem mais positiva comparada ao acusado cumprindo pena restritiva de liberdade.

E finalizando o rol especificado de condições, possui se o pagamento de prestação pecuniária, já amplamente utilizado, cabendo ao Ministério Público a indicação a entidade, que possua função similar ao bem lesado pelo delito.

Presente no segundo parágrafo do artigo 28-A do CPP, estão estipuladas as vedações à realização do acordo, sendo elas: (a) se for possível a realização de transação penal nos termos dos Juizados Especiais Criminais; (b) se o investigado for reincidente ou houve indícios de conduta criminal habitual; (c) caso o investigado já tenha se beneficiado no período anterior de cinco anos, com acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; (d) na hipótese de se tratar de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Entende-se, portanto, que o acordo de não persecução penal posiciona se subsidiariamente antes os demais instrumentos jurídicos que venham a beneficiar o réu, como a transação penal, que afasta a possibilidade de realização do acordo.

Demais, salienta-se o impedimento da realização do acordo em relação aos crimes de violência doméstica, nos termos de Barros e Romaniuc (2019) tal atos

servem como uma medida do legislador em criar uma política criminal, que através de dados obtidos por análises criminológicas, buscar criar meios de prevenção ao crime específico não apenas na criação de leis, e na interpretação e aplicação das normas já existentes para contribuir com a repressão da infração. Ato também é justificado nos termos de Bianchini e Gomes (2019 p. 126).

E é essa condição (vulnerabilidade) que justifica o tratamento diferenciado que a Lei Maria da Penha reservou às mulheres (não todas, mas as que se encontram em situação de violência no contexto doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto). Recusar essas circunstâncias representa a negação da própria motivação da Lei Maria da Penha como de ação afirmativa. A mesma linha de raciocínio levou o STF a afastar a aplicação do princípio da insignificância para esses casos. Como bem esclarece o STF, o “princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. [Em razão disso,] comportamentos contrários à lei penal, notadamente quando exercidos com violência contra a mulher, devido à expressiva ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica causada, perdem a característica da bagatela e devem submeter-se ao direito.

Se fosse aplicável o acordo de não persecução penal a crimes de violência doméstica, possibilitando ao investigado se submeter a condições mais brandas do que a pena tipicamente aplicada, estaria prejudicada a Lei Maria da Penha como um todo visto a diminuição de sua efetividade indiretamente. Por isso se faz necessário além da criação da norma original de repressão a infração, a interpretação e modificação das demais normas para que não diminuam a efetividade, mas trabalhem em conjunto.

Deve-se atentar ainda a presença de uma vedação no próprio *caput* do artigo, isso é, quando o acordo não for suficiente para a reprovação e prevenção do crime, e como ocorre essa prevenção. Nas palavras de Barros e Romaniuc (2019) a prevenção penal se divide em duas principais categorias, prevenção geral e a prevenção especial. A primeira é focada no aspecto genérico do Direito Penal, sendo a sua efetividade ampliada a toda sociedade, já a segunda tem o seu caso unicamente no indivíduo que cometeu a infração, e ambas são também divididas em positiva e negativa.

Quanto a prevenção geral, que tem sua influência sob toda a sociedade, o aspecto negativo é voltado a fazer o comando de não cometimento de crime, enquanto o positivo afirma que, se ocorrer a violação da norma, o Estado se

encarrega de trazer as sanções penais. Já com a prevenção especial, seu lado negativo se volta a restrição da liberdade do indivíduo que viola a norma, a imposição concreta da sanção, enquanto a positiva busca a ressocialização do infrator. Com isso, nas palavras de Barros e Romaniuc (2019), fica claro que a prevenção referida no acordo de não persecução penal é especial positiva, buscando evitar a realização do acordo quando ele não cumpre o papel de ressocialização do infrator. Isso aponta a natureza do ANPP como uma ferramenta de incidência seletiva, utilizada apenas nas infrações de média lesividade, e serve como instrumento da justiça restaurativa.

3 CELEBRAÇÃO E RESISTÊNCIA AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal é um instituto que oferece uma alternativa a persecução penal e em muito se diferencia do procedimento padrão, portanto nesse capítulo é analisado como ocorre o acordo na integra assim como as criticas que essas etapas vieram a sofrer.

3.1 Celebração do Acordo de Não Persecução Penal

Para a celebração do acordo de não persecução penal, tem se um procedimento que se inicia já na fase de análise do inquérito, onde se verifica se o acusado se enquadra na regra geral bem como se cumpre com os requisitos objetivos e subjetivos. Sendo este o caso, poderá o agente do Ministério Público ofertá-lo ao investigado, iniciando-se o processo através da notificação. A lei não possui previsão de forma específica e, portanto, nos termos de Vacarro (2021) o contato com o acusado pode ser realizado de forma livre, utilizando-se de qualquer meio de comunicação como pessoal, carta, WhatsApp etc., tendo se respaldo por analogia no Artigo 19 § 4º da Resolução Nacional do Ministério Público nº 181.

Caso o acusado não venha a entrar em contato após a notificação, ou não se faça presente em audiência aprazada, poderá o agente entender recusa tácita, retirando a sua oferta e continuando o prosseguimento padrão do processo. Ainda, enquanto improvável na realidade fática, se o agente do Ministério Público não for capaz de localizar ou entrar em contato com o investigado, exaurindo-se os meios de busca da instituição, Vacarro (2021) entende que o *parquet* poderá rescindir a proposta, devendo, no entanto, fundamentar a sua decisão nos autos, bem como, demonstra os meios empregados de localização e tentativas de contato.

Acerca do tempo da notificação e conseqüente oferta do acordo, para Araújo (2021) a letra fria do CPP aponta para o oferecimento apenas na fase extraprocessual, portanto, exclusivamente anterior à denúncia. Tal limitação pode aparentar prejudicial ao réu, entendendo se que o acordo de não persecução penal é uma opção vantajosa, que evitaria todo o trâmite processual, bem como não iria gerar reincidência dos antecedentes criminais.

Utilizando-se dessa linha de pensamento e o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, abre a questão de possibilitar a oferta a indivíduos com processo já em curso anterior à aprovação do instituto, estando em linha com os princípios temporais no processo penal. Porém, tal ação viria a ferir o próprio propósito do acordo de não persecução, conforme estabelecido no AgRg do HC 628647 SC 2020/0306051-4.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUZIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal. 2. Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ou seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor - princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência - princípio *tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador. 4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual. 5. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2021, <https://processo.stj.jus.br/>)

Possível então a retroatividade, desde que ocorra dentro dos limites do próprio acordo, pois ir além dos seus limites utilizando-se do princípio como justificativa traria situação paradoxal, fazer uso de meio que busca evitar o decurso normal do processo no meio do mesmo.

Acerca do Juízo competente para homologação do acordo, será qualquer que possui jurisdição para análise de inquéritos policiais, autos de prisão em flagrante, bem como quaisquer peças investigativas. Já a competência para o cumprimento do acordo pertence ao Juízo da execução penal, sendo possível a colaboração com as Centrais Integradas de Alternativas Penais.

Propriamente oferecida anteriormente a denúncia, com o aceite do investigado acompanhado de seu procurador, remete-se o acordado ao Magistrado, que deverá homologá-lo se entender adequado e suficiente em relação a situação fática. Caso o Juiz venha a pretender do contrário, ou entende alguma das condições como abusiva, inadequada ou insuficiente, procederá com a não homologação e conseqüente retorno da proposta ao Ministério Público. É destacado por Araújo (2021) que o papel do Magistrado no acordo é limitado a dois aspectos, a voluntariedade do investigado e legalidade das cláusulas, não podendo interferir em nenhum grau na redação, pois constituiria violação do princípio acusatório.

Se retornados ao Ministério Público, existem três possibilidades de prosseguimento pelo agente ministerial: a) manter a proposta inicial com seus termos não modificados, podendo complementar sua justificativa e cabimento mediante novas informações investigativas, e assim insistir na homologação; b) reformular os termos do acordo, e após a concordância do investigado e defensor, a apresentando novamente para homologação do juiz; c) e como alternativa final, poderá desistir de propor o acordo, sendo exigida a devida fundamentação que respalde os motivos da não proposta, e posteriormente oferecer a denúncia. Sendo este o caso, o investigado deverá ser intimado da recusa da proposta, para se querendo, requerer a remessa á órgão superior, conforme o § 14 do artigo 28-A.

Já a homologação, que de acordo com Araújo (2021) se constitui como ato judicial com natureza declaratória, sem análise de mérito e imparcial, tem os seguintes efeitos: a) gera o início do cumprimento das condições, impedindo a denúncia; b) suspende a contagem da prescrição; c) inicia a data inicial de contagem para oferecimento de possível futuro acordo de não persecução penal no prazo de 5 anos; d) intimação do investigado acerca da homologação com respectivos obrigações e efeitos.

O agente ministerial que atuou até o momento no feito deverá promover a execução do acordo no Juízo de Execução penal, sendo também possível a remessa de ofício por parte do Juiz atuante.

Estando o anteriormente acusado sob os efeitos do acordo de não persecução penal tem se dois possíveis desfechos com respectivas conseqüências e efeitos. Se violada alguma das condições acordadas, poderá o agente ministerial

intimar o investigado para apresentar justificativa no prazo de quinze dias, não sendo apresentada ou insuficiente, impõe-se o descumprimento mediante requerimento do membro do Ministério Público ao Magistrado responsável pela execução do acordo, com o requerimento duplo de rescisão e remessa dos autos ao Magistrado que homologou o acordo.

A decisão não é imediata visto que é respeitado o direito de contraditório do beneficiado, podendo apresentar defesa. Se o Magistrado entender pela rescisão do acordo, Vacarro (2021) apresenta duas consequências no processo: o reinício da contagem do prazo prescricional e considerar o descumprimento como argumento contra possível suspensão condicional do processo que poderá ser considerada no futuro. Ainda, faz se cabível a utilização da confissão formal e voluntária como suporte probatório.

Já se cumprido na sua totalidade, é então extinta a punibilidade e arquivada a investigação, podendo o beneficiado contar com a vantagem de não ter o acordo constando em certidão de antecedentes.

3.2 Acordo de Não Persecução Penal como meio de justiça

Tratando-se de justiça negocial no âmbito do processo penal, é inegável que o modelo americano é referência e serviu como modelo a criação dos institutos de justiça negocial em território nacional. O *Plea Bargaining*, ou Pleito de Barganha, é definido por Fontes (2019) como um instituto de justiça penal negocial, no qual é ofertado ao investigado a possibilidade de reconhecer sua responsabilidade pelo fato, desistindo do processo, e recebendo como benefício a condenação com uma pena tipicamente mais branda.

Seu uso é tão difundido, que de acordo com os dados providenciados pela National Association of Criminal Defense Lawyers de 2021 o número de processos penais que estão efetivamente chegando ao julgamento é menor que 5%. Mostrando um altíssimo nível de utilização de justiça negocial, ao ponto que já se tornou alvo de diversas críticas, com alegações que os investigados estariam sendo coagidos a aceitarem os acordos por medo da pena mais severa da condenação.

Ainda sobre o *plea bargaining* Alschuler (1979) explica que existem duas modalidades de pleito, sendo o primeiro a barganha por informações, nesse o

indivíduo faz o acordo para dar informações contra um terceiro, ocorrendo ao longo do processo penal com direito a contraditório. Já o segundo é a barganha por confissão, onde o investigado faz a confissão formal do delito, e este elemento serve como prova suficiente a condenação. É perceptível que o conjunto probatório Americano, que possibilita a prolação de sentenças condenatórias nesses termos é frágil, podendo se inferir como uma das principais causas para criação do país com a maior população carcerária no mundo.

Seu uso nos Estados Unidos é ainda tão prevalente por motivos econômicos, pois o trâmite do processo na sua totalidade é extremamente caro e moroso, enquanto o acordo permite encerrar um número muito grande de processos por uma fração do tempo e custo. E com o objetivo de conseguir esses acordos, há pouca supervisão dos promotores e ausência de muitos requisitos ao oferecimento, situação que preocupa a utilização desse instituto no contexto jurídico brasileiro.

No entanto, é fato que toda introdução ao Direito em alguma medida e quantidade, é observada com medo e divergência, pois é natural que o novo pareça assustador, porém é necessário que o processo penal, como qualquer área do Direito continue a evoluir, e tal evolução ocorre nos termos de Alves (2019, p.3):

Começa-se a relativizar os interesses, transformando-os de coletivos em individuais típicos, logo, disponíveis. A partir disso, ouve-se mais a vítima. Transforma-se o embate entre agressor e agredido num processo de conciliação, possivelmente, até, de perdão recíproco. Não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado. A ação penal passa a ser, igualmente, flexibilizada, vale dizer, nem sempre obrigatoriamente proposta. Restaura-se o estado de paz entre pessoas que convivem, embora tenha havido agressão de uma contra a outra, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público.

Nota-se uma percepção positiva sobre os instrumentos jurídicos como a transação penal ou o ANPP, tendo um olhar mais amplo as possibilidades além da mera punibilidade do indivíduo que tipicamente são acompanhadas de menor custo para o Estado e auxiliam na solução mais célere dos processos. Posicionamento, no entanto, que está longe de estar generalizado, conforme Callegari (2019) que é difícil defender que a negociação jurídica é uma instituição justa, já tendo sido denunciada como imoral e indignante. Sua utilização prevalente em países como o Estados Unidos só ocorre devido à falta de infraestrutura para suportar sua inexistência, sendo mantida por uma necessidade funcional sob aspectos legais.

Sendo a infração máxima quando aqueles que aceitam o acordo, e por consequência fazem a confissão, são de fato inocentes. O sistema de negociação, por natureza, possui uma estrutura que facilita a condenação de inocentes.

No entendimento de agentes contrários à justiça negociada, estaria ocorrendo uma violação da garantia de não produzir provas contra si, possibilitando até a incriminação de inocentes, pois o investigado poderia se sentir coagido a agir devido a uma falta de confiança de confiança no processo judicial ou prezando a resolução rápida da acusação. No entanto, nos termos de Barros e Romaniuc (2019) é impossível para o modelo de justiça negocial adotado no Brasil causar a incriminação de inocentes, visto a existência dos quatro requisitos a proposta: (a) Voluntariedade objetiva; (b) Informação integral; (c) Indícios criminais veementes e (d) a correlação entre fatos narrados e pena acordada.

A voluntariedade expressa que é absolutamente incabível qualquer meio de violência física ou técnicas que possam afetar a livre manifestação de vontade do acusado. O investigado sempre terá presente um defensor, o acordo em si será gravado e conferido antes da assinatura das partes. Sob a informação integral, é necessário que o investigado tenha conhecimento do que lhe está sendo imputado e quais as consequências da possível imputação, que o mesmo tem direito a recusa do acordo e quais benefícios estará recebendo e renunciando com a aceitação. Também é necessário informar as consequências de descumprimento, a duração do acordo e todas as demais condições e informações relevantes ao caso específico.

Quanto aos indícios criminais, Barros e Romaniuc (2019) afirma que a crítica mais recorrente aos modelos de justiça negociada, em especial o *plea bargain* americano, são as penas restritivas de liberdade, fora de um contexto de processo penal padrão, onde o indivíduo possui os seus direitos e garantias na sua totalidade. No entanto, na sua adoção ao contexto jurídico brasileiro, tem se como requisito a presença de indícios criminais veementes, eliminando a sua possibilidade quando não houver traços da autoria e materialidade do investigado. Além disso, é necessário a imputação e o fatos passarem pelo juízo de admissibilidade.

Nas palavras de Vasconcellos (2014, p.24):

[...] pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado,

abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

Assim, é claro que o modelo da justiça negocial brasileira não pode de maneira alguma ser equiparado ao modelo americano, visto ao maior número de pré-requisitos que limitam a utilização do acordo apenas em casos cabíveis, bem como a ausência de penas privativas de liberdade como condição imposta. O objeto do acordo estar relacionado a fatos delitivos, não prejudica a possibilidade de concordância de ambas as partes, baseada na autonomia de vontade para concordar sobre as condições despenalizadoras.

3.3 Críticas ao Acordo de Não Persecução Penal

O acordo de não persecução penal foi introduzido ao sistema penal brasileiro com o objetivo de auxiliar em múltiplas frentes, tanto no Judiciário promovendo fim mais célere aos processos como ao investigado, substituindo a pena privativa de liberdade por medidas bem mais brandas e não causando reincidência nos seus antecedentes se ele cumprir o acordo de forma integral. Na sua concepção, tem o intuito de ser uma opção mais vantajosa para todos os envolvidos, e em especial o acusado, que gozaria de diversas vantagens, no entanto, o acordo de não persecução penal foi, e ainda é alvo de diversas críticas, desde o escopo de sua aplicação as exigências para sua adesão.

Para ser elegível ao oferecimento do acordo, deve a infração penal objeto do acordo ter como pena mínima duração inferior a 4 (quatro) anos bem como não ter sido praticada mediante emprego de violência ou grave ameaça, requisito que nos termos de Rocha (2021) acaba por tornar indisponível a medida a um número altíssimo de indivíduos, pois o crime de comércio de substâncias ilícitas é responsável por 28% dos processos respondidos por brasileiros que vem a resultar em encarceramento, e se se especificando-se as mulheres, esse número se torna 62% do total. Além disso, dos crimes contra o patrimônio, em particular o roubo, corresponde a 25% dos processos que acabam em encarceramento.

No primeiro caso, a pena prevista no tráfico de entorpecentes excede o limite do requisito, tendo como a pena mínima duração superior ao limite permitido. Já se tratando do crime de roubo, devido a própria estrutura do artigo penal envolver a utilização de violência ou grave ameaça, não é válido em nenhuma circunstância como objeto do acordo. Portanto, nos termos de Rocha (2021) o acordo de não persecução penal não poderia ser considerado uma ferramenta efetiva de desencarceramento, visto que em nada afeta os dois principais tipos penais que levam a penas de reclusão, constituindo mais que 50% dos casos quando somados.

Enquanto é inegável que o ANPP por natureza é dificilmente ou impossível de aplicar a ambos os casos, pode se considerar essa decisão como deliberada visto que o relaxamento de seus requisitos traria efeitos não desejáveis ao ordenamento jurídico e à sociedade.

O crime de tráfico, presente no artigo 33 da Lei 11.243, possui no seu quarto parágrafo, uma cláusula de diminuição de pena de um sexto a até dois terços, para indivíduos que cumpram simultaneamente os requisitos de: a) ser réu primário; b) ter bons antecedentes; c) não se dedique a atividade criminosa e d) não integre organização criminosa. (BRASIL, 2006).

O artigo possui tal previsão como uma medida para evitar o encarceramento de pessoas que se envolveram com o tráfico pela primeira vez, tipicamente lidando com quantidades menores e não cometendo outras infrações simultaneamente. Com essa redução significativa da pena, o indivíduo facilmente se enquadra em alguma das modalidades de justiça negocial, substituindo-se a pena por prestações alternativas. Caso o ANPP tivesse seus requisitos ajustados para torná-lo aplicável ao crime de tráfico sem a minorante, seria possível cumulação de diferentes métodos vantajosos ao acusado, permitindo um considerável nível de impunidade mesmo para o infrator reincidente.

Em relação ao crime de roubo, é evidente o maior potencial de dano à vítima, pois gera situação em que facilmente pode se escalar a violência levando a ofensa corporal a integridade física da vítima a até mesmo homicídio. E mesmo que não ocorram os demais atos, a própria grave ameaça já é suficiente para prejudicar a vítima, fazendo a mesma temer por sua integridade física e afetando seu estado psicológico. Portanto é justificado seu alto grau de reprovação refletido em sua pena,

e providenciar a vantagem do ANPP a esses infratores de alto dano ao indivíduo e sociedade não é condizente com o intuito do instituto.

Outro tema alvo de constantes debates, é a obrigatoriedade da confissão, formal e circunstancial, do ato infrator praticado. Esse requisito em específico teve diversas críticas, pois, nas palavras de Rocha (2021) se demonstra como requisito desproporcional para com o acusado, que está como parte mais vulnerável da transação, podendo ser considerado até ato atentatório à dignidade humana. Pois mesmo que a confissão não fosse utilizada como meio de prova contra aquele que a proferiu, ainda geraria efeitos, provavelmente levando a condenação e encarceramento.

Tal linha de pensamento é também compartilhada por Lopes Junior (2021) que defende que a confissão não poderia ser usada como prova contra o réu em caso de descumprimento do acordo, devendo se seguir o procedimento de desentranhar dos autos e não ser utilizada na posterior valoração. No entanto, mesmo seguindo-se esse procedimento, se torna impossível deletar o conteúdo da mente do Magistrado, o que certamente afetaria o seu julgamento. Ainda concordando com essa linha de pensamento, Aline Correa Lovato e Daniel Correa Lovato (2020) veem a exigência da confissão para o acordo como ilegítima, pois tonar a mesmo uma necessidade para o réu se ver livre do trâmite processual se assemelha mais a uma pressão psicológica do que uma vantagem ao investigado.

No entanto, tal posicionamento está longe de ser unânime visto que nos termos de Araújo (2021) o acordo de não persecução penal não pode ser classificado como uma imposição de reconhecimento de culpa, pois enquanto ofertado, a sua adesão ou não está totalmente à discrição do investigado, que pode aceitá-lo ou não dependendo de sua estratégia de defesa.

Em relação aos direitos da não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência são considerados irrenunciáveis, não podendo o investigado dispor deles, é, no entanto, possível exercê-los casuisticamente, desde que não seja a ferida a dignidade humana, para adotar uma estratégia de defesa. Ou seja, nesse cenário o direito a não incriminação meramente deixa de ser exercido pois se choca com o direito do investigado de fazer ampla defesa, escolhendo o melhor método para se defender.

O acordo de não persecução penal foi introduzido como um instituto de justiça negocial que, em muitos aspectos, vai além da transação penal e suspensão condicional do processo, possibilitando condições mais diversas e personalizadas conforme o entendimento do Ministério Público e novos requisitos sobre a autoria e materialidade do ato infrator. É esperado que ele seja alvo de inquirição e conseqüentemente críticas, porém é inegável que o mesmo serve o propósito de ser mais uma opção de resolução de matéria penal com as suas respectivas características.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E PODER DISCRICIONÁRIO

Por fim, cabe a análise acerca da disponibilidade e classificação do acordo de não persecução penal, fazendo-se uma análise ampla desde a obrigatoriedade da ação penal até a sua criação.

4.3 Sistemas processuais penais

O direito processual é influenciado e fortemente moldado pelo contexto que ele está inserido, assim ao longo do tempo e espaço, conforme a organização do Estado encontramos três possíveis categorias de sistemas processuais penais, inquisitivo, acusatório e misto.

No sistema inquisitivo, as funções da acusação, da defesa e de julgar estão centralizadas em uma única pessoa, e é definido por Lopes (2008, p.61) como:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação.

Tendo sua origem durante a inquisição europeia, tendo o clero o papel de juiz-inquisidor, desempenhando as três funções, é inevitável a perda da imparcialidade visto que o sistema penal era tanto uma ferramenta de controle social da elite como um método punitivo do estado. Nas palavras de Nagima (2011) o juiz-inquisidor, que também gerenciava o material prova, buscava a prova apenas para usar como respaldo a ideia de sentença que ele já possuía, a condenação ou absolvição do réu já estava previamente decidida, o processo era apenas para encontrar provas que confirmem o pronunciamento. Não havia direito ao contraditório, e a prova mais comum, era a própria confissão do réu, que era obtido por quaisquer meios disponíveis, até mesmo a tortura. Na sua forma pura, só se fez presente nos Estados Absolutistas e ditaduras ao longo da história.

Opondo-se diretamente ao sistema inquisitivo, está o acusatório, onde o agente gestor da prova, deve ser necessariamente diferente do agente que virá a passar o julgamento. Nesse caso, percebe clara divisão da função de acusação, defesa e julgar causando um Juiz imparcial, que não é nem responsável pela prova e nem pelo papel de acusação e defesa, cabendo unicamente a função de julgamento. Nas palavras de Tourinho (1990, p. 81) são as características do sistema acusatório:

a) o contraditório como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusador e acusado, em decorrência do contraditório, encontrando-se em situação de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações, pois *non debet licere actori, quod reo non permittitur*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado, função que hoje, em geral, cabe ao Ministério Público.

Ao final da Revolução Francesa, percebendo-se ainda as falhas dos métodos jurídicos vigentes, o sistema inquisitivo caiu em popularidade, e resgatando-se os princípios acusatórios do sistema Romano, surge o sistema Misto. Nas palavras de Tornaghi (1977) o sistema misto é composto por duas etapas processuais, a primeira pode ser considerada inquisitória, visto que ela é realizada com instrução escrita, sem o conhecimento da parte investigada, bem como ainda não existe a acusação e contraditório. Já na segunda fase, o agente com a função de acusação apresenta a acusação, o réu se defende e ocorre o julgamento por parte do Juiz, seguindo-se os princípios da publicidade, oralidade e do contraditório.

O sistema é considerado misto, visto que na fase investigativa, isso é, pré-processual, exhibe as características do inquisitivo, como a falta de contraditório ou publicidade, no entanto, não se deve equiparar essa semelhança a uma comparação direta. A sua utilização na fase investigativa com o sistema inquisitivo histórico, pois estão ausente os elementos como a aceitação de elementos ilícitos como prova, procedimento secreto por regra ou função final de obter a confissão do réu.

Em relação ao sistema penal adotado no Brasil, não há até então consenso no modelo adotado, havendo defensores de que ele se classifica como inquisitório, acusatório ou até mesmo misto. Podemos encontrar elementos que suportam todos esses argumentos, ao analisar-se a Constituição de 1988, percebe características

do sistema acusatório, visto que foi conferido ao Ministério Público, um ente independente, o poder de mover a ação penal pública, conforme os moldes do artigo 129 inciso I, CF. Assim permanece inerte a figura do juiz, sendo apenas impulsionada a ação penal pública quando o agente detentor dessa capacidade se manifesta.

Na fase investigativa, é clara a predominância do sistema inquisitório, e apenas após o encerramento dessa etapa que surgem os elementos acusatórios. Também presente nos termos de Reis (2013) as características de um sistema misto, usando como exemplo o artigo 385 do Código de Processo Penal, que dá poder ao Juiz de Direito condenar o acusado de crime em ação pública, mesmo com manifestações opostas do agente do Ministério Público. Portanto, temos presente um cenário onde, apesar de cair as partes o ônus da produção das provas, há momentos em que o próprio Juiz pode requerer atos probatórios de ofício para formar a sua convicção, assim afastando a ideia de sistema acusatório puro e aproximando-se de misto.

Dentro do sistema penal, independente de sua classificação, há ainda uma segunda divisão, os tipos de ações penais que o compõem e suas respectivas características. Se fazem presentes no Código de Processo Penal diferentes espécies de ações penais condenatórias, podendo ser divididas em ação penal de iniciativa pública, adotada como a ação normal do Código Penal, e a ação penal privada, utilizada de forma excepcional com um rol exaustivo de previsões legais.

A ação penal pública por sua vez também possui subdivisões, sendo elas a ação pública condicionada e ação pública incondicionada, as quais nos termos de Maçalei e Rezende (2021) tem como objetivo representar o interesse da sociedade em apurar infrações e punir o respectivo infrator. Atua duplamente no sistema processual interesse público e privado, tendo como parte legítima de sua representação o agente do Ministério Público assim como o ofendido.

Já no caso da ação privada, quem desempenha o papel de parte acusatória, é o próprio ofendido, e ainda, se tratando da ação penal privada subsidiária da pública, tem-se uma fiscalização da ação penal pelo Ministério Público, e apenas mediante sua inércia fica o particular constituído como parte legítima.

Mediante essas duas espécies gerais de ação penal que se manifesta o poder punitivo do Estado, a privada que ocorre na forma de exceção e a pública, ação

penal por regra, essa também que é reponsavel pelo surgimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

4.2 O princípio da obrigatoriedade da ação penal

Outro fator que determina o funcionamento do direito processual penal são os seus princípios, que agem de forma ampla, dando direção e sentido as normas que o regem. Entre estes, integra-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que nos termos de Reis (2013), atua na forma exigir do Ministério Público, órgão que possui o poder exclusivo de ação penal publica e representante do estado-acusatório, a obrigatoriedade de ele investigar, bem como buscar punição dos autores de infrações penais.

Tal princípio é baseado na noção que é o papel do Estado lidar com os conflitos que naturalmente surgem no convívio de pessoas, e então o Direito Penal seria a ferramenta de punição dos indivíduos. Para isso, nas palavras de Greco (2017) o agente do Ministério Público deverá dar início à ação penal, se o fato que o agente praticou seja entendido como típico, culpável e ilícito. Além dos requisitos padrões de propositura da ação penal, é necessário o embasamento probatório mínimo para o prosseguimento, e que seja capaz de providenciar alicerce a acusação.

Portanto, o direito exclusivo do agente do Ministério Publico não se classificaria como uma faculdade disposta a ele, mas sim um dever a ser seguido uma vez que todos os requisitos estejam disponíveis. Nos mesmos termos, argumenta Lopes (2021) o que se faz presente no brasil é o princípio da obrigatoriedade da ação penal e não o principio da oportunidade e conveniência. Portanto, deparando se com caso fático onde se fazem presentes os requisitos legais da ação penal, restando como manifestação unica cabível o oferecimento da denuncia por parte do agente do Ministério Publico, não havendo ponderação a ser realizada, visto se tratar de questão de ordem publica.

Ainda, prossegue Lopes (2021) que o agente do Ministério Publico não pondera ou decide utilizando-se de critérios de política criminal com discricionariedade, mas sim atua dentro um rol exaustivo composto pelos poderes de denunciar, pedido de diligências complementares ou pedir o arquivamento.

Assim, ele entende por uma atuação menos flexível do *parquet*, um entendimento mais rígido do princípio da obrigatoriedade, não deixando espaço para outros critérios, como por exemplo a utilidade social, ou tempo célere do processo, afetarem a decisão.

No entanto, há também argumentos a serem feitos no sentido oposto, tendo eles como base, a garantia constitucional ao instituto do Ministério Público de agir de forma funcional independente e com autonomia. Ele pode ser interpretado como diretamente contrário, mesmo que com aplicação limitada, ao princípio da obrigatoriedade, demonstrando que enquanto tal princípio serve como guia e delimitador as ações do Ministério Público, não os limitaria de forma absoluta.

Outro demonstrativo dessa linha de pensamento, é que a própria lei possui previsões de exceções a obrigatoriedade da ação penal, demonstrando que sua flexibilização é cabível, seja para o eficaz cumprimento de outro princípio ou quando melhor atende o interesse social. Contrariamente a esse ponto Lopes (2021) argumenta que as situações onde ocorrem a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, estão propriamente apontadas e delimitadas na própria legislação, e dentro desses casos, o agente do Ministério Público possui uma pequena esfera de negociação com o acusado.

As exceções a tal princípio são compostas pelos anteriormente analisados institutos de justiça negocial, resgatando-os, são eles a transação penal, a suspensão condicional do processo, a delação premiada e o mais recentemente introduzido acordo de não persecução penal. Percebe-se como característica comum de todos os exemplos a presença de apenas delitos de menor potencial ofensivo, tipicamente com limitação de pena e do meio empregado.

Assim, pode-se afirmar que houve flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ocorrendo de forma focada nos crimes de penas mais baixas e que não acarretaram dano a integridade física de outrem, é se realizou mediante ameaça a vítima. Interpretação compartilhada por Maçalei e Rezende (2021) que apontam que a Lei dos Juizados Especiais foi o início de um processo de mitigação do princípio da obrigatoriedade, e prosseguindo-se com a justiça negocial se pôs em prática um princípio de discricionariedade regrada quando se tratava de crimes de menor potencial ofensivo.

No entanto, não se faz necessário ver tal mitigação com um olhar negativo, pois tanto o seu modo, mediante casos específicos com previsão em lei, a seu objetivo, possibilitar meios de justiça negocial como alternativa ao processo padrão, visando soluções mais céleres e menos prejudiciais ao acusado. Opinião que já ecoada na doutrina por Cabral (2019) entendendo que olhar o princípio da obrigatoriedade da ação penal de forma rígida, o seguindo de forma absoluta é inconcebível, ainda mais pois o oferecimento do acordo de não persecução penal não vai contra as diretrizes do Ministério Público, mas sim otimiza a sua atuação.

Em termos similares, Barros e Domaniuc (2019) afirmam que utilizando-se do princípio da independência funcional, faz-se o agente do Ministério Público detentor de uma conveniência justificada, tendo como sua base a valoração do interesse público, onde se faz análise se é realmente necessário a promoção da persecução penal.

Tese já defendida anteriormente ao surgimento da justiça negocial no Brasil, conforme as palavras de Grinover (1996, p. 215):

O modelo processual clássico da América Latina atém-se rigorosamente ao princípio estrito da legalidade (obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, sem exceções). Também a doutrina sempre defendeu intransigentemente o princípio da obrigatoriedade, acima de qualquer demonstração especulativa (fim das teorias absolutas para justificar a pena e acolhimento das teorias utilitárias), ou empírica (impossibilidade de perseguir todos os delitos e métodos ocultos de seleção que a prática emprega). Sem embargo, o novo processo penal latino-americano deu-se conta da falácia e da hipocrisia na adoção rigorosa do princípio da obrigatoriedade.

A doutrina tradicional preza pela não limitação do princípio da obrigatoriedade, entendendo que o Ministério Público possui a obrigação de proceder com a ação penal e não o poder discricionário, isso é, que não haveria a possibilidade de juízo de oportunidade pelo Ministério Público, devendo-se se entender como um dever.

No entanto, conforme Barros Romaniuc (2019), não se encontra em nenhum texto constitucional a presença clara e inequívoca do princípio da obrigatoriedade da ação penal, e sim a presença do princípio da independência dos membros do Ministério Público, não havendo, portanto, um dever cego de agir e sim uma conveniência que se baseia na valoração do interesse público. Existe um dever de formular a *opinio delicti*, sendo vedado a falta da análise de um fato já estabelecido

como crime, visto que os integrantes do Ministério Público são agentes livres para manifestarem sua atuação, desde que devidamente justificada.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, já havendo precedentes na legislação como a transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada. A flexibilização do princípio também é demonstrada na sua aplicação na Lei dos Juizados Especiais, dando uma solução célere a casos penais de menor relevância.

Nos termos de Moreira (2021), observa-se que o artigo 28-A não é um passo no sentido de encerrar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, e sua flexibilização mediante o princípio da legalidade, que é totalmente cabível em processo de feição acusatória.

Portanto, se tratando do acordo de não persecução penal, assim como nos outros institutos de justiça negocial até certo ponto, observa-se uma inegável mitigação da obrigatoriedade, abrindo-se mais espaço à autonomia das partes, que oferta tanto ao *parquet* como ao acusado a possibilidade de escolha do processo convencional ou a medida alternativa, propriamente regradada pelos princípios da eficiência, boa fé e paridade entre partes.

4.3 Disponibilidade do acordo de não persecução penal

Entendendo-se o acordo de não persecução penal como uma opção vantajosa ao acusado pelos motivos já anteriormente elucidados, é natural que o acusado tenha interesse em sua propositura pelo agente do Ministério Público, no entanto, há a possibilidade de que, mesmo preenchendo todos os requisitos objetivos, este não venha ser ofertado, levantando-se a questão, o acordo de não persecução se constitui como direito do investigado ou ato discricionário do *parquet*.

A partir de uma leitura literal do artigo, entende-se que não haveria nenhuma obrigação da oferta, vindo o agente do Ministério Público poder ofertar se, além do acusado preencher todos os requisitos, entender que para a situação fática, o acordo de não persecução penal se configura como uma ferramenta suficiente para reprovação e prevenção do ato ilícito, constituindo-se como poder discricionário.

Tal poder é considerado como inerente ao Ministério Público, pois nos termos de Thiago (2021) as eleições das diretrizes políticas-criminais quanto o desempenho

do Ministério Público, resultam em significativa influência em como ocorre o Direito Penal no Brasil, em especial se falando dos objetivos visados pelo Estado em relação a sua intenção punitiva em desfavor dos infratores. Portanto, a instituição como um todo, ao decidir os rumos interpretativos dos impulsos da Justiça Criminal, cria um norte aos assuntos técnicos jurídicos.

Portanto, é perceptível que o Ministério Público possui o poder discricionário quanto sua atuação em processos visando os interesses do Estado, se tornando assim o acordo de não persecução penal uma faculdade pertencente ao titular da ação penal, adotando a medida, apenas se entender a mesma como cabível a situação, independente do preenchimento dos requisitos por parte do investigado.

Ademais, mediante interpretação semântica do artigo nos termos de Thiago (2021) no caput do artigo não há presente nenhum dever, e sim uma possibilidade, indo no sentido de que mesmo que preenchido os requisitos, o *parquet* também avalia se a oferta do acordo alcançará o resultado objetivo pela própria norma.

E ainda pela mesma lógica, por ser classificado como um acordo, implícito que se trata de instrumento que requer o consentimento de ambos os envolvidos para a homologação. Sendo possível ao investigado a recusa por preferir o trâmite processual, se faz também cabível a recusa por parte do titular da ação penal por entender a medida como não suficiente ou adequada à situação.

Ademais, visto que a recusa de propositura do acordo de não persecução penal pelo agente do Ministério Público vem ocorrendo, já foram impetrados múltiplos Mandados de Segurança e Habeas Corpus buscando reverter a decisão, havendo assim, manifestação por parte dos Tribunais Superiores, conforme ementa a seguir.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO A SER AFERIDA, EXCLUSIVAMENTE, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO TITULAR DA AÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - In casu, o acórdão recorrido invocou fundamentos para manter a inaplicabilidade do art. 28-A do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.964/2019, que não comportam qualquer censura por parte deste Sodalício, seja pela pena efetivamente aplicada na sentença condenatória, superior a 4 (quatro) anos, seja em face da gravidade concreta da conduta, dada a grande quantidade de droga apreendida, tratando-se de mais de 3 (três) quilos de cocaína pura com destino internacional, o que poderia inclusive obstar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, servindo para lastrear

a fixação da causa de redução em seu patamar mínimo legal, como feito pela sentença condenatória. II - Afere-se da leitura do art. 28-A do CPP, que é cabível o acórdão de não persecução penal quando o acusado confessa formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, consideradas eventuais causas de aumento e diminuição de pena, na forma do § 1º do mesmo artigo, a critério do Ministério Público, desde que necessário e suficiente para reprovação do crime, devendo ser levada a gravidade da conduta, como no presente caso, em que a agravante foi presa com mais de 3kg de cocaína pura com destinação internacional, o que levou ao Parquet a, de forma legítima, recusar a proposta haja vista a pretensão de condenação a pena superior a 4 anos como, de fato, ocorreu no édito condenatório, que condenou a agravante à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em face da incidência da minorante do tráfico privilegiado em seu patamar mínimo legal que, ao contrário do alegado pela defesa, deve ser considerado na possibilidade de aferição dos requisitos para a proposta pretendida pela combativa defesa. III - Outrossim, como bem asseverado no parecer ministerial, "O acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal", não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, ex vi do art. 129, inc. I, da Carta Magna. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 130.587/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020) Grifo Nosso. (BRASIL, 2020, <https://processo.stj.jus.br/>)

O julgador não poderia ter sido mais claro em afirmar explicitamente que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do réu independente de cumprimento dos requisitos.

Em relação às tentativas de combater a recusa do Ministério Público, Thiago (2021) entende que os remédios constitucionais não se configuram como o meio correto de reversão de decisão que recuse acordo de não persecução penal, pois o mesmo não pode ser considerado direito líquido e certo. Portanto, considerando que o Ministério Público é o ente que detém a titularidade da ação penal pública, e mediante a aplicação do princípio da discricionariedade mitigada, lhe é garantido o direito à recusa de oferta e não caberia ao poder Judiciário revisar tal decisão.

No entanto isso não significa a ausência de possibilidade de revisão, pois conforme os termos de Thiago (2021) no ordenamento jurídico brasileiro, se consagra como garantia constitucional o duplo grau de jurisdição, sendo possível então a revisão da decisão que recusou o acordo de não persecução penal através de mecanismo interno do próprio Ministério Público.

Tal mecanismo se encontra presente no artigo 28 do Código Processual Penal, e estabelece o direito do investigado de requerer a remessa da decisão que indeferiu o acordo ao Procurador Geral do respectivo órgão. Nesse caso, deverá o investigado demonstrar que a recusa vai no sentido contrário ao objetivo da lei e políticas adotadas pelo órgão ministerial, bem como o preenchimento dos requisitos objetivos da própria norma. Tal procedimento está de acordo com a Lei nº 8.625/1993, denominada como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dispõe de maneira similar a função do Procurador Geral de Justiça.

Ainda, conforme os termos de Thiago (2021) diante de uma recusa de oferta do acordo, também é possível remessa às Câmaras de Coordenação e Revisão, que se constituem como entidades que coordenam e revisam o exercício funcional dos membros na área criminal.

Portanto, se confirma a legalidade da recusa em todas as etapas, visto que o acordo de não persecução penal não se configura como um direito líquido e certo, sendo possível a sua não oferta, quando propriamente justificada, e é possibilitada revisão de tal decisão se o investigado acreditar ter sido prejudicado mediante os procedimentos internos do próprio Ministério Público, os quais estão propriamente estabelecidos na legislação.

No entanto, tal entendimento ainda não se configura como solidificado, diante da recente decisão da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. RECUSA NA OFERTA DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO. 1. A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro segue o padrão verificado em outros ordenamentos. É um movimento crescente, consistente e irreversível. Privilegiou-se por estas bandas a construção de caminhos alternativos de solução do conflito penal que não passam pela afirmação oficial da culpa. Expressam uma distensão do aparato punitivo cujos campos de incidência, forma e efeitos são indicados pelo legislador. A dinâmica assim posta é compatível com um ambiente de controle oficial sobre as políticas criminais e os seus canais de expressão. 2. Os modos de Justiça disputada e de Justiça consensual não são mundos estanques e isolados. Ao contrário, guardam interrelações e intersecções. Em realidade, os mecanismos de solução consensual incidem nas diferentes etapas da persecução, guardando, em algumas hipóteses, contornos de prejudicialidade. 3. Transação penal, suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal são acordos de solução do conflito penal sem a afirmação de culpa. Assim sendo, mais do que despenalizar, os institutos evitam a estigmatização que decorre não só do processo, mas também da afirmação da culpa penal. Os institutos não

refletem uma política de processo, mas sim, uma política criminal. 4. O processo não é apenas um locus construído para o embate de posições antagônicas sob o olhar passivo do julgador. É, também, campo de realização das políticas criminais. Nesse cenário, o uso do modo de justiça consensual não é opção fundada no absoluto poder dispositivo das partes. Em realidade, é antecedente lógico e necessário do uso do modo disputado de justiça, ausência de antecedentes e não envolvimento em atividades ilícitas ou em organizações criminosas). Quando há falha no cumprimento da lei e sobretudo de cumprimento de políticas criminais explicitadas em lei, resta ao Judiciário assegurar a tutela da liberdade. É por isso que os requisitos são indicados em lei. Em casos que tais, a observância da etapa consensual é obrigatória. Mais do que isto, a recusa injustificada ao uso dos meios consensuais - despenalizadores e não estigmatizantes - deve ser alvo de controle judicial. 5. A lógica informadora do acordo de não persecução retoma a energia inspiradora da primeira onda consensual verificada no sistema processual brasileiro e que foi dada com a promulgação da Lei 9.099/95: despenalização e aprimoramento do aparato persecutório. A possibilidade de encerramento do conflito penal, sem afirmação de culpa, indica um enfrentamento mais brando do ilícito penal. 6. Recusas infundadas ou desarrazoadas comportam correção não se podendo retirar do Judiciário o exame sobre a lesão ou ameaça de lesão, mormente quando esta envolver a liberdade. Não se concebe que o Ministério Público, como ator igualmente responsável pela concretização de políticas criminais, não apresente justificativa para a recusa do uso da via consensual ou que apresente justificativa não amparada pela própria lei. 7. Não haverá interesse de agir necessidade - no uso da via disputada, enquanto não esgotada a possibilidade do uso da via consensual. Logo, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual. Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395 do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se, dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça. 8. Hipótese em que o réu confessou, circunstancialmente, a prática delituosa. Réu que é primário e sem o registro de antecedentes criminais. Não indicação, na denúncia, de envolvimento do réu em atividades ilícitas ou em organizações criminosas. Quantidade de drogas pequena. Substância entorpecente de pequena nocividade. Elementos que apontam para o alto grau de probabilidade de incidência da figura privilegiada com o consequente afastamento do caráter hediondo. 9. Na delimitação da política de enfrentamento de drogas, o legislador distinguiu a figura do tráfico em sua forma fundamental e o tráfico privilegiado. Os regimes punitivos são sensivelmente diversos. Cabe a todos os agentes persecutórios sensibilidade para com os padrões estabelecidos em lei e sobre os quais não há margem de apreciação. Afinal, os elementos de configuração do tráfico privilegiado são objetivos (primariedade, ausência de antecedentes e não envolvimento em atividades ilícitas ou em organizações criminosas). Quando há falha no cumprimento da lei e sobretudo de cumprimento de políticas criminais explicitadas em lei, resta ao Judiciário assegurar a tutela da liberdade. 10. Recurso conhecido e improvido. (BRASIL, 2022, <https://www.tjsp.jus.br/>)

Decisão que não proveu o recurso por parte do Ministério Público, e manteve a decisão de primeira instância de rejeitar a denúncia, alegando como base a falta de interesse de agir por parte do *parquet*. No acórdão, elucidam que a justiça

consensual consiste em um movimento crescente e irreversível no cenário jurídico brasileiro, e esses institutos de justiça negocial, transação penal, suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal correspondem a um meio alternativo que evita o estigma da culpa ao acusado. Em seguida, argumenta no sentido de que a recusa não justificada ou não amparada pela lei deve sofrer o controle judicial. Portanto não haveria interesse de agir por parte do Ministério Público enquanto não fossem esgotados os meios consensuais.

Decisão que foi no sentido contrário da corrente majoritária que vem entendendo pela não aplicação do acordo de não persecução penal nos crimes de tráfico por falta de requisito objetivo, crime cuja pena máxima é superior a 04 anos. Não sendo cabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado nesse momento, pois a mesma exige dilação probatória para sua confirmação.

Diante de tal jurisprudência, percebe um entendimento vindo a ser consolidado, no entanto ainda desafiado por decisões que entendem por aplicações mais amplas do acordo de não persecução penal.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui se que o acordo de não persecução penal não pode ser considerado um direito subjetivo do investigado, visto a uma corrente majoritária de julgamentos dos tribunais superiores que entendem de maneira clara a classificação do ANPP como um poder discricionário dos agentes ministeriais, afastando a possibilidade do direito subjetivo.

Ao se aprofundar nos requisitos e consequências da adesão do acordo, percebe se sua classificação como instituto vantajoso ao investigado e compreensível seu interesse por sua oferta, da mesma maneira dos demais institutos de justiça negocial, no entanto o ANPP se difere dos anteriores devido a possibilidade aplicação muito mais ampla.

Mas diante de tal expansão, se tem em contrapartida o requisito da confissão formal por parte do investigado, fato que gerou diversos questionamentos acerca da constitucionalidade do acordo e superado essa questão, ainda se mantém como alvo de críticas.

E a partir do interesse dos acusados de obterem os benefícios providenciados pelo acordo, houve se questionamento das rejeições e argumentação pela obrigatoriedade do ente ministerial de oferecer o acordo, tese que foi fortemente rebatida nos tribunais.

Os acordões confirmam a interpretação semântica da norma, que condiciona a oferta do acordo de não persecução a análise pelo agente ministerial de sua capacidade de reprovação a situação fática. Também percebe posicionamento no mesmo sentido por parte dos julgadores que rejeitaram os remédios constitucionais, fazendo interpretação no mesmo sentido, não entendendo o ANPP como um direito líquido e certo do investigado.

Porém, não é possível dizer que tal entendimento já se encontra consolidado, devido a existência de julgamentos pelos Tribunais no sentido oposto. Em tal casos

percebe-se a presença de um interesse pela aplicação, e até possivelmente expansão, do acordo de não persecução penal, em uma linha de pensamento similar aos críticos que argumentam pela ampliação do ANPP. Enquanto o acordo de não persecução penal, assim como os demais meios de justiça negocial, vem se mostrando vantajosos para ambos os investigados assim como o sistema judiciário, o relaxamento de seus requisitos através de jurisprudência pode vir a ser extremamente prejudicial, visto que o intuito do acordo é oferecer soluções alternativas, porém não ao risco de criar situação de impunidade na justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, P. S. L; LOURINHO, V. S. **O acordo de não persecução penal e a discricionariedade do Ministério Público**. Coleção de artigos. Brasília. MPF, 2020. v. 7.

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and its History. **Law Rev.**, Columbia, 1979. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1122051>. Acesso em: 19 out. 2021.

ALVES, Jamil Chaim, **Acordo de não persecução penal**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodim, 2019.

ARAÚJO, Brena Diniz. O acordo de não persecução penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, v. 13, n. 2, p. 135-152, ago./dez. 2021. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista>. Acesso em: 22 fev. 2022.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2019.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio, **Acordo de não persecução penal**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodim, 2019.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941**. Código Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.html. Acesso em: 19 de out. de 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **RSE 0000781-42.2021.8.26.0695 SP 0000781-42.2021.8.26.0695**. Recurso em sentido estrito. Tráfico ilícito de drogas. Rejeição da denúncia por falta de interesse de agir. Recusa na oferta de proposta do acordo de não persecução. [...]. Recorrente: MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO x recorrido NILTON ROMAO MIRA. Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli, 26 de nov. de 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1331565925/recurso-em-sentido-estrito-rse->

[7814220218260695-sp-0000781-4220218260695/inteiro-teor-1331565947](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1227399521/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-628647-sc-2020-0306051-4/inteiro-teor-1227399531). Acesso em: 01 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 628647 SC 2020/0306051-4**. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUZIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO [...] tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia [...]. Agravante: ANDREI SILVA x Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 07 de junho de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1227399521/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-628647-sc-2020-0306051-4/inteiro-teor-1227399531>. Acesso em: 01 abr. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC 130587 SP 2020/0174088-9**. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO A SER AFERIDA, EXCLUSIVAMENTE, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO TITULAR DA AÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTO DESPROVIDO. [...]. Agravante: BEATRIZ COROMOTO GOMES GONZALEZ x Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Relator: Ministro Felix Fischer, 17 de nov. de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1131203897/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpor-agrg-no-rhc-130587-sp-2020-0174088-9/inteiro-teor-1131203927>. Acesso em: 01 abr. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodim, 2019.

CALLEGARI, André Luís. A injustiça do modelo americano de *plea bargain*. **Consultor Jurídico**, Brasília, jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/andre-callegari-injustica-modelo-americano-plea-bargain>. Acesso em: 19 out. 2021.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Acordo de não persecução penal: investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas. **Ministério Público Federal**, Brasília, jan. 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf. Acesso em: 25 mar. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo Penal**. São Paulo: RT, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MARTINS, Fernandes. A inelegibilidade da aplicação do acordo de não persecução penal aos crimes eleitorais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-25/fernandes-martins-inelegibilidade-aplicabilidade-acordo-nao-persecucao-penal-aos-crimes-eleitorais>. Acesso em: 19 out. 2021

MELO, André Luis Alves de. **Acordo de não persecução penal**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodim, 2019.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. Sistemas Processuais Penais. **DireitoNet**, São Paulo, jan. 2011. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>. Acesso em: 19 out. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

REIS, Alexandre Cebrian; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional. *In*: FUX, Luiz Fux; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 153-187.

ROCHA, Miguel Sávio Ávila. O acordo de não persecução penal: potencialidades e limites para o afastamento da centralidade da prisão como elemento de política criminal. **Revista Defensoria**, Rio Grande do Sul, set. 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/380>. Acesso em: 02 abr. 2022.

RODRIGUES, Rodrigo Alves. Principais Aspectos Do Acordo De Não Persecução Penal. **Âmbito Jurídico**, Paraná, jun. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/principais-aspectos-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 19 out. 2021

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VACARRO, Luciano. Manual prático sobre o acordo de não persecução penal. **Ministério Público de Minas Gerais**, Rio Grande do Sul, jan. 2021. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/20/74/C5/69/F2A9C71030F448C7860849A8/Manual%20pratico%20sobre%20o%20acordo%20de%20nao%20persecucao%20penal.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal Brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6943>. Acesso em: 23 abr. 2022.