

O acordo de não persecução penal e a (re) afirmação do sistema acusatório na legislação brasileira

The criminal non-prosecution agreement and the (re)affirmation of the accusatory system in brazilian legislation

Homero Lamarão Neto^{1*}, Paulo de Tarso Avelar Fernandes

RESUMO

Esta pesquisa científica tem por objeto a análise do acordo de não persecução penal enquanto medida afirmativa do sistema acusatório, pautado em um modelo de justiça negociada no âmbito do processo penal. Para tanto, discorreu-se acerca das principais concepções jurídicas acerca do dispositivo legal e como ele contribuiu para aperfeiçoar o direito brasileiro, a partir da compreensão do preceito constitucional do devido processo legal, comparando a Lei Anticrime ao Código de Processo Penal vigente, por meio de uma revisão bibliográfica de cunho qualitativo.

Palavras-chave: Processo Penal; Justiça Negociada; Lei Anticrime; Sistema Acusatório; Acordo de Não Persecução Penal.

ABSTRACT

The subject of this scientific research is the analysis of the non-criminal prosecution agreement as an affirmative measure of the accusatorial system, based on a model of negotiated justice in the criminal prosecution law. To do so, were discussed the main legal concepts about the legal device and how it contributed to improve brazilian law, from the understanding of the constitutional precept of due legal process, comparing the Anticrime Law to the current Criminal Procedure Code, through a qualitative bibliographic review.

Keywords: Criminal Procedure; Negotiated Justice; Anticrime Law; Accusatorial System; Non-criminal Prosecution Agreement.

¹ Centro Universitário do Estado do Pará.

E-mail: homero.neto@prof.cesupa.br

INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que é construída a partir da observação das relações sociais desenvolvidas diuturnamente, e, conseqüentemente, está em constante aperfeiçoamento, na medida em que as necessidades dos seres humanos se tornam mais numerosas e mais complexas. Em razão dessa complexidade das relações sociais, o Direito não pode se restringir apenas aquilo que já está no texto frio da lei, mas deve atender às garantias e princípios convalidados pela Constituição da República Federativa do Brasil, sob a ótica de um modelo de Justiça pautado pelo diálogo, e não pela pretensão punitiva daqueles sujeitos de direitos que vêm a cometer uma infração penal.

A justiça é o pressuposto de validade do Direito, sendo este último a concretização daquela, que habita o campo das ideias. Logo, não pode haver Direito se não houver, antecipadamente, uma ideia de justiça coerente e coesa. Nas palavras de Couture (1987, *apud* Pereira; Parise, 2019, p. 118): “teu dever é lutar pelo direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”. Para que seja possível um modelo de justiça coeso, pautado pelo diálogo entre normas, garantias e princípios, sobretudo no Direito Penal e no Direito Processual Penal, é preciso que esses ramos do Direito sejam interpretados conforme o texto constitucional contemporâneo, dentro de um sistema jurídico que apresente resultados social e tecnicamente adequados.

Com vistas a conciliar os distintos interesses dos cidadãos, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como ‘Pacote Anticrime’, ou simplesmente Lei Anticrime, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a intenção de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, tentando readequá-la aos preceitos constitucionais indispensáveis, tais como o devido processo legal e as garantias das pessoas acusadas de cometerem crimes. Ao mesmo tempo, o Código de Processo Penal necessitava receber alterações, tendo em vista sua longevidade dentro do Direito Brasileiro, datado de 1941, isto é, muito mais antigo do que a Carta Magna de 1988.

A nova lei também trouxe como um de seus novos institutos o acordo de não persecução penal, o qual, conforme será estudado dentro deste artigo científico, resultou em importantes mudanças dentro do Processo Penal Brasileiro, basicamente reformulando-o sob um modelo de justiça restaurativa, consensual e negociada àqueles ilícitos penais de menor potencial ofensivo, com a pretensão de que as funções essenciais à justiça, como os

magistrados, promotores, procuradores e advogados empregassem seus maiores esforços na solução dos ilícitos penais de maior potencial ofensivo, para os quais não caberia acordo em razão da gravidade de suas condutas.

Isto posto, este trabalho tem como principal objetivo investigar o acordo de não persecução penal, enquanto instituto do sistema acusatório, e quais as perspectivas relevantes que esse dispositivo legal, capitulado no artigo 28-A do Código de Processo Penal, trará para o Direito brasileiro no futuro próximo.

A problemática estabelecida nesta pesquisa pode ser descrita da seguinte forma: quais são as concepções jurídicas que o acordo de não persecução penal gerou quando ingressou no Código de Processo Penal, a partir da Lei Anticrime? Qual a relevância da adoção do sistema acusatório para o Brasil? Qual a natureza do acordo de não persecução penal?

No que diz respeito à motivação para a atividade da pesquisa, ela teve sua origem quando do contato do pesquisador com a prática penal e processual penal durante o estágio na Promotoria de Justiça Criminal da Justiça Comum do Ministério Público do Estado do Pará, localizada no Município de Belém/PA, após a entrada em vigência da Lei Anticrime, especificamente da aplicação do acordo de não persecução penal.

Esta pesquisa utilizou como metodologia científica do método de abordagem de pensamento dedutivo, partindo da revisão bibliográfica das principais produções sobre a problemática entre os anos de 2019 e 2022, passando pelas principais discussões acerca desse modelo de justiça, arrematando com as conclusões obtidas com o estudo.

Trata-se de pesquisa científica qualitativa, adotando-se o procedimento de artigo científico, com o intuito de permitir a compreensão das várias informações coletadas a partir da leitura da doutrina especializada, dos precedentes judiciais no Supremo Tribunal Federal e do texto da lei vigente no Brasil.

O artigo divide-se em sete capítulos, sendo o primeiro endereçado à introdução, e o último, endereçado às considerações finais acerca do tema em análise.

No segundo capítulo, buscou-se trazer à baila os conceitos de sistemas processuais penais, com a finalidade compreender o porquê de o sistema acusatório ter sido a opção (enfim)

adotada pelo Direito brasileiro na seara criminal, contrapondo as distintas concepções sobre a temática.

No terceiro capítulo, explica-se de forma breve o modelo de justiça negociada implementada pela Lei Anticrime com a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal, enquanto no quarto capítulo tentou dissecar qual seria a natureza jurídica adotada pela doutrina especializada sobre o acordo de não persecução penal.

No quinto capítulo há uma discussão acerca dos requisitos legais de aplicabilidade do acordo pela Justiça Brasileira, e no sexto capítulo, há uma coletânea de perspectivas no formato das principais perguntas que rodeiam o instituto jurídico, conjuntamente com as respostas possíveis a elas no momento da conclusão desta pesquisa.

Vislumbra-se que o dispositivo legal inserido recentemente no ordenamento jurídico brasileiro representa um significativo avanço em termos de política criminal, na medida em que ampliou os espaços de interação e de consenso entre a acusação, a defesa e o julgador, permitindo assim uma harmonização dos interesses desses, mesmo se tratando de uma expectativa do legislador quando da incorporação desse instituto na legislação, representando uma (re) afirmação do sistema acusatório mais que necessária.

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O SISTEMA ACUSATÓRIO: PACOTE ANTICRIME *VERSUS* CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Para compreender a importância que um modelo de justiça coerente seus institutos dele derivados, é fundamental compreender o que é o processo. O processo pode ser definido como o mecanismo pelo qual as vontades dos sujeitos de direitos – que permeiam o campo das ideias – precisam passar para produzirem uma mudança na realidade.

O Processo Penal, por sua vez, é o caminho que condiciona o exercício do poder de penar à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal, desempenhando o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 45).

Isto também significa afirmar que não se admite a autocomposição ou a autotutela de direitos, uma vez que o Direito Penal abrange a tutela de bens jurídicos pelo Estado, que uma vez violados, e, tratando-se de uma conduta típica, ilícita e culpável, tem-se um crime,

provocando a atuação estatal (NEVES; RESENDE, 2020, p. 126). Ou seja, as aplicações do Direito Penal só poderão ser convalidadas por meio da jurisdição, da atuação do Estado tanto como terceiro imparcial, como parte do processo, não sendo lícito ao autor da conduta, do fato, e à vítima, resolverem suas diferenças por conta própria.

O próprio artigo 1º do Código Penal consagra a razão de ser do Direito Penal e do Processo Penal, ao afirmar que, sem prévia cominação legal, não pode haver crime (BRASIL, 1940, online). E se não há crime, não há necessidade de pena. Logo, ainda que sejam áreas independentes, o direito material e o direito processual estão vinculados ao devido processo legal, princípio consagrado pela Constituição Federal: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, conforme redação do artigo 5º, inciso LIV (BRASIL, 1988, online). Dito isso, é seguro afirmar que o princípio do devido processo legal é o cerne das pesquisas no Direito, porquanto representa justificativa de sua importância científica, enquanto garantia dos direitos fundamentais de todos os seres humanos.

Como o Direito Penal não é um direito de coação direta, o Processo Penal funciona como o instrumento do qual se vale o Estado para a imposição de sanção penal ao possível autor do fato delituoso, sem se descuidar do necessário e indispensável respeito a direitos e liberdades individuais dentro do Estado Democrático de Direito (LIMA, 2020, p. 41), insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil.

Mas o Estado não pode punir de qualquer maneira: considerando-se que, da aplicação do Direito Penal, que é invocado quando alguém pratica a conduta delituosa prevista no tipo penal, surge para o Estado o direito de punir (*ius puniendi*), concretizado na pretensão punitiva, pretensão essa condicionada ao dilema entre a compreensão dos direitos fundamentais do possível autor do fato delituoso e o atingimento de um sistema criminal mais operante e eficiente (LIMA, 2020, p. 41).

A pena é a consequência daquela conduta que, consciente e voluntariamente, infringiu a lei, porém, ela precisa do processo para ser técnica e socialmente aceita, todavia, na brilhante dicção de Casaril (2021, p. 113) “o processo não pode ser um fim em si mesmo, ele precisa alcançar resultados práticos (pacificação social)”. Isto posto, os aplicadores do Direito deverão cooperar entre si para alcançar um resultado útil e adequado, isento de excessos, mas rico em técnica e coerência com a legislação e com o modelo de justiça vigente.

À luz dessas premissas, há uma relevante discussão sobre o modelo de sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que, com a promulgação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como ‘Pacote Anticrime’, teria sofrido sensível alteração, sobretudo com a reforma do Código de Processo Penal que essa lei teria trazido.

É válido destacar que a Lei nº 13.964/2019 originou-se do amálgama entre o texto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, com o texto do então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, ambos os textos com a tentativa de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal (NEVES; RESENDE, 2020, p. 125).

Não é o intuito desta pesquisa tecer comentários acerca das intenções políticas que permearam a aprovação do texto legal. Tais considerações pertencem ao campo das ciências políticas, que, neste momento, são exóticas aos resultados pretendidos com o comparativo que se precisa estabelecer entre o antigo modelo de processo estabelecido pelo Código de Processo Penal e o novo modelo de processo que a Lei Anticrime trouxe, com a intenção de aperfeiçoar o Direito brasileiro.

Esse aperfeiçoamento é resultado das lutas doutrinárias incessantes as quais vêm sendo travadas com o claro objetivo de afirmar um direito processual penal que seja pautado pela conformidade constitucional, esta que consagrou o modelo acusatório de forma implícita, ou seja, sem declará-lo de forma expressa, mas, precipuamente, com o intuito de livrar a legislação processual ordinária das amarras do modelo inquisitivo (GARCIA, 2020, p. 06), contido no texto original do Código de Processo Penal, que data de 03 de outubro de 1941.

Por certo, é indispensável ter em consideração que o Código de Processo Penal Brasileiro tem nítida inspiração no modelo fascista italiano, tornando-se imperioso que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional (LIMA, 2020, p. 45). Ou seja, em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado, oposto ao Estado Totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, onde o sistema inquisitivo encontra sua guarida (RANGEL, 2019, p. 958).

Mas o que significa dizer que um sistema processual penal é acusatório ou é inquisitivo? A diferença reside em uma série de características doutrinárias que – na prática –

são os princípios e regras constitucionais aplicados aos casos concretos de Direito Penal, de acordo com o momento político de cada Estado (RANGEL, 2019, p. 121).

O artigo 3º-A, inserido no Código de Processo Penal por meio da Lei nº 13.964/2019, de forma acertada, estabeleceu o sistema acusatório dentro do Direito brasileiro (BRASIL, 1941, online). Isso representa a adequação que a legislação infraconstitucional precisou passar para se adequar à nova realidade que a Constituição Federal busca implementar, dentro de um Estado Democrático de Direito, retirando a equivocada ideia que reside no imaginário coletivo de que as pessoas que cometem infrações penais precisam ser punidas a qualquer custo: é indispensável lembrar da garantia do devido processo legal, que separa as funções essenciais à justiça em Acusação, Defesa e Juízo de Direito, separação essa que legitima a atuação de seus representantes.

O Processo Penal – ao contrário do Processo Civil – não possui uma lide, sendo essa concepção inadequada ao sistema acusatório: em verdade, o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, delineada pelo poder de acusar e pelo poder de punir: o poder de punir é condicionado ao integral exercício do poder de acusar. As condições de possibilidade de punição por parte do juiz somente serão criadas quando o acusador tiver êxito na prova da acusação, inexistindo a pretensão punitiva desse acusador, pois o acusador não está assistido por um direito próprio capaz de promover a punição do réu por meio da adjudicação, como ocorre no Processo Civil (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 74).

A pretensão acusatória é a chave para a compreensão do modelo de justiça que permeia o Processo Penal Brasileiro: não basta a existência de um fato típico, ilícito, culpável e de um autor certo e determinado para esse fato. Para que a sanção penal seja aplicada, deve haver uma justa causa apta a invocar a atuação das funções essenciais à justiça, capaz de produzir a pacificação social necessária, sempre pautada na garantia da lei e da ordem pública. Isso só é possível no sistema acusatório, pois o sistema inquisitivo é a epítome de uma pretensão de direito eivada de vícios, que inicia um processo já considerando o autor do fato culpado, o que é abominado pelo Estado Democrático de Direito que a Constituição da República Federativa do Brasil busca concretizar com a inovação legislativa.

Entretanto, a doutrina processualista brasileira atenta para o fato de ainda existirem traços do sistema inquisitivo dentro da legislação penal e processual pátria, mesmo com a reforma promovida pela Lei Anticrime: haveria no Brasil a cultura inquisitória, que criou o mito

da ‘busca da verdade real’ e o anseio mítico pelo juiz justiceiro, que faça justiça mesmo que o acusador não produza prova suficiente (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 66), a confissão enquanto a rainha das provas, o inquérito policial regido pelo sigilo, tratando o indiciado como objeto de investigação e que obriga os aplicadores do Direito, tanto juízes como membros do Ministério Público e da Advocacia a perguntar às partes e às testemunhas em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros: são resquícios do sistema inquisitivo que criam a aparência de um modelo acusatório, porquanto muitos dos princípios opostos ao sistema acusatório são implementados todos os dias, sendo o sistema acusatório, pelo menos por enquanto, uma mera promessa (PRADO, 1999, p. 171 *apud* RANGEL, 2019, p. 131).

É preciso ter em mente que tanto o modelo acusatório quanto o modelo inquisitivo são tipos históricos, sendo insuficiente definir o sistema processual penal brasileiro como “misto”, pelo entendimento de que a fase pré-processual, o inquérito, seria inquisitivo, e a fase processual, acusatória: essa concepção está desconectada do princípio supremo do processo, (1) a imparcialidade do julgador, que em conjunto com (2) a separação inicial das funções de acusar e julgar (3) e do contraditório, constituem o tripé do Processo Penal (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 70).

Importante destacar que o número 03 (três) é um mantra para o processo como um todo no Direito: o acusador desempenha função distinta a do julgador, igualmente distintos do defensor do acusado, e no plano jurídico, a divisão do processo penal nas etapas da investigação, da instrução e da execução.

Essa estrutura tripartite é de tal importância que encontra correspondência no verbete latino *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais (as partes) e um sujeito imparcial – o juiz – na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, estando alheio aos interesses processuais, estrutura essa apenas possível dentro sistema acusatório (LIMA, 2020, p. 43).

São evidências da adoção do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro (1) o réu titular de direitos e de garantias, não mais um mero objeto do processo; (2) o exercício da pretensão acusatória, dita alhures, pelo Ministério Público, nas ações penais públicas, ou pelo ofendido, nas ações penais privadas; (3) o convencimento do juiz segundo aquilo que fora alegado e provado pelas partes, não mais pela íntima convicção do juiz através do impulso

oficial inquisitivo; (4) e o procedimento segundo o crivo do contraditório (RANGEL, 2019, p. 126).

Isto posto, com a vigência da Lei nº 13.964/2019, não mais haverá uma fase pré-processual inquisitiva, mas duas fases – a investigativa e a processual – no sistema acusatório, a partir da judicialização do inquérito policial, assegurando em todas as etapas a imparcialidade da autoridade julgadora, o direito ao contraditório e o devido processo legal (NEVES; RESENDE, 2020, p. 137).

Digno de registro é o fato de que a Lei nº 13.964/2019 retirou do juiz toda e qualquer ingerência na produção de provas, cabendo-lhe decidir acerca dos requerimentos das partes sobre a produção da prova, livre de juízos paralelos ou pressões extremas, incumbido dos trabalhos de presidência, direção e fiscalização do devido processo legal, bem como da decisão tanto do mérito quanto dos incidentes, naturalmente como órgão *super partes* (VALE; SANTOS, 2020, p. 166).

Por outro lado, o Ministério Público teve fortalecida a sua atuação na fase da investigação, sendo facultado a este órgão conduzir uma investigação criminal por meio da instauração de um procedimento investigatório criminal (VALE; SANTOS, 2020, p. 154) ou ser instado a se manifestar quando da conclusão do inquérito produzido pela Polícia Judiciária, como de praxe.

A figura do Ministério Público, dentro da sistemática processual penal do modelo constitucional brasileiro, ultrapassa os limites postos do sistema acusatório, sendo primordialmente o guardião da ordem jurídica, isto é, de *custos juris*, zelando pela prevalência dos direitos constitucionalmente reconhecidos e a ordem processual nos termos postos no arcabouço legislativo penal. Enquanto *custos juris*, é imposto ao Ministério Público como dever, acima do interesse acusatório, pela estrita observância da lei, salvaguardar a integridade e finalidade do processo penal, porque se almeja a concretização da justiça (CARDOSO; PADOVEZ, 2021, p. 04).

Portanto, pode se deduzir que o sistema acusatório garante aos membros do Poder Judiciário a imparcialidade no julgamento da matéria e divide o poder de acusar entre a autoridade policial e o membro do Ministério Público, que devem cooperar com o advogado do autor do fato para a produção de um resultado técnico e coerente, com ou sem a aplicação da

pena. Isto porque a aplicação de uma pena não é a finalidade do processo: a finalidade do processo é a pacificação social, é a satisfação legal e adequada aos fatos apurados.

Com isso em mente, o princípio da necessidade, que condiciona o poder punitivo ao devido processo penal, está hoje relativizado e caminha, cada vez mais, para uma mitigação da lógica do confronto e a ampliação da lógica negocial, caminho esse que não possuiria retorno ao *status quo ante*, na medida em que a negociação poderá ocorrer antes de iniciada a instrução e implicará aceleração procedimental pela imediata aplicação da pena, sem o integral processo (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 46).

Essa crítica exsurge da adoção de novos institutos jurídicos cujo intuito seria o de evitar a privação da liberdade de locomoção do agente, dentre eles o acordo de não persecução penal, legalmente disciplinado com o advento do ‘Pacote Anticrime’.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: O NOVO MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIADA IMPLEMENTADO PELA LEI 13.964/2019

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP, em forma abreviada) pode ser conceituado como sendo um tipo de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor – que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do órgão ministerial de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, ou seja, em não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade, caso a avença seja integralmente cumprida (LIMA, 2020, p. 274).

O instituto do acordo de não persecução penal advém de uma tentativa do legislador brasileiro em criar mais espaços para um modelo de justiça com intenções restaurativas, isto é, reparadoras do dano causado pela conduta delituosa, distinta à daquele modelo de justiça inquisitorial, em que o autor do fato era o objeto da investigação e deveria receber uma punição a qualquer preço.

Especificamente o acordo de não persecução penal é uma forma de negociação que evita a deflagração do processo penal, sendo mais um instituto de “justiça negociada”, ao lado da transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada, ainda que sejam distintos e submetidos a diferentes requisitos e consequências. Mas todos integram um verdadeiro espaço de consenso, de negociação (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 328).

É discutido na doutrina que o novel dispositivo foi inspirado no “*plea bargaining*”, instituto do Direito Estadunidense, mas o ANPP é totalmente distinto daquele: no “*plea bargaining*” fala-se no “fenômeno da administrativização do processo penal”, em que acusação e defesa pactuam livremente as condições, mas no acordo de não persecução penal o juiz tem participação ativa no processo, de modo a garantir que nenhuma das partes, e principalmente o acusado, saiam prejudicados. Logo, ainda há resolução pela via jurisdicional, não pela via administrativa, como ocorre no “*plea bargaining*”.

Do ponto de vista doutrinário, o acordo é um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forçados no confronto, que agora precisam se abrir para uma lógica negocial, estratégica (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 315), assim como reconhece a viabilidade acusatória, já que o investigado se vê obrigado a confessar circunstanciadamente a prática do delito (LIMA, 2020, p. 275) para que seja beneficiado com a ausência de registros criminais, senão com a finalidade de impedir a celebração de novo acordo dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Por se tratar de um instrumento prévio à instrução processual, pressupondo que a defesa não precisará demonstrar exaustivamente suas teses, nem a acusação precisará empreender diligências para comprovar os fatos, a proposta de acordo é apresentada tão logo as investigações estejam encerradas.

O momento do acordo de não persecução penal sucede a conclusão das investigações criminais e precede a manifestação do Ministério Público sobre o fato-crime, quando preenchidos todos os requisitos constantes no artigo 28-A, caput e parágrafos do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019 (LIMA, 2020, p. 279).

Sendo a essência do instituto o que se convencionou denominar como justiça negociada, também pode ser compreendido como procedimento pré-processual, tal qual o inquérito policial que o precede, dependendo da existência de um “feixe de indícios convergentes” que apontam para pessoa certa como autora de um fato aparentemente criminoso, a qual convém conceituar como indiciamento, que é o ato formal e fundamentado realizado pela autoridade policial que apurou a notícia de um crime (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 327).

Todavia, em que pese sua larga aceitação pelos juristas brasileiros, ainda pesam severas divergências acerca de sua natureza jurídica, dúvidas essas no tocante à compreensão das perspectivas desse novo modelo de justiça dentro do sistema processual penal brasileiro.

Uma das críticas ao instituto do acordo de não persecução penal é de que a inovação restou desprovida do necessário debate prévio, deixando à comunidade jurídica apenas sua análise posterior (PEREIRA; PARISE, 2019, p. 117), enquanto outros críticos desse dispositivo legal afirmam que a exigência da confissão, enquanto requisito para celebração do negócio jurídico, gera para o Ministério Público um alto índice de discricionariedade, e, conseqüentemente, em uma relação de desigualdade entre acusado e acusador (MONTESCHIO; TEIXEIRA, 2021, p. 11).

Os críticos que alegam a incompatibilidade do acordo de não persecução penal com o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo fundamentam que (1) ele advém da negociação penal que se tornou uma espécie de “única saída” para o réu, sujeito a um tipo de “coação moral irresistível”, contrariando o princípio do devido processo legal (PEREIRA; PARISE, 2019, p. 123), (2) e que ele implica na assunção de risco considerável pelo investigado, porque caso o acordo não fosse celebrado, o réu já haveria confessado a prática delituosa e o Ministério Público teria a confissão sem oferecer nenhum benefício em troca (MONTESCHIO; TEIXEIRA, 2021, p. 11).

A bem da verdade, a justiça negociada não dispensa as garantias do réu nem fere de morte a legislação consolidada, como tentam fazer crer os seus críticos: o acordo de não persecução penal busca desonerar a atividade estatal que a ação penal pública exige dos agentes públicos, isto é, desonerar os magistrados, os defensores, os membros do Ministério Público, os serventuários da Justiça e todos os demais servidores públicos que trabalham com o processo penal, quando presentes os requisitos de sua aplicabilidade, que serão explanados adiante.

Essa desoneração da carga processual, a partir da aplicação do acordo de não persecução penal gera benefícios a todos os envolvidos: beneficia o acusado, que não precisa suportar a imputação de um crime perante a Justiça até o trânsito em julgado da decisão de mérito; beneficia a sociedade, que a título de contraprestação, será restituída pelo acusado que a lesou com prestações de interesse coletivo que o julgador entender necessários; beneficia o Estado, tanto na esfera do Poder Judiciário quanto o Ministério Público, que ao homologarem o acordo, poderão fixar suas atenções àquelas condutas de grande reprovabilidade social e jurídica, para as quais não cabe justiça negociada.

Tal asserção é inclusive corroborada por parte dos pesquisadores, que concordam que o acordo de não persecução penal visa, precipuamente, estancar os inúmeros processos judiciais

em andamento na justiça criminal brasileira, assim como medida alternativa ao cárcere, sendo inegável que a eficiência na aplicação dos institutos da Justiça Consensual e Restaurativa será o caminho a ser seguido pelo Poder Público nas próximas gerações (KESSLER, 2021, p. 57).

Contudo, ainda há outra forte divergência sobre essa natureza do acordo de não persecução penal: seria ele direito subjetivo do acusado ou uma faculdade regradada do Ministério Público?

ACORDO: DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO OU FACULDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO?

De acordo com uma parcela da doutrina processualista brasileira, diante do cabimento do acordo de não persecução penal – preenchidos os requisitos legais – haveria então direito público subjetivo do imputado, isto é, do autor do fato delituoso indiciado, mas há divergência no sentido de ser um “poder do Ministério Público” e não um direito do imputado (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 315).

Segundo essa primeira doutrina, a defesa do imputado poderá postular judicialmente pelo reconhecimento de um direito, direito esse que a doutrina chama de direito ao acordo de não persecução penal, diante da negativa do Ministério Público, e, que caberia ao juiz, enquanto garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, averiguar o cabimento do acordo (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 322).

Os defensores dessa corrente afirmam ser viável tal pedido de revisão a partir de uma interpretação extensiva do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, o qual disciplina que (1) diante da inércia do órgão ministerial (2) e que havendo discordância da manifestação pelo arquivamento do inquérito policial, poderia o interessado, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação do arquivamento, (3) submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial.

São simpatizantes da teoria de que o acordo de não persecução penal é um direito público subjetivo do réu Aury Lopes Júnior (Direito processual penal), Francisco Dirceu Barros, Jefson Márcio Silva Romaniuc (Acordo de não persecução penal: teoria e prática), Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira (Acordo de não persecução penal do artigo 28-A do CPP: Breve introdução, problemas iniciais e os limites da exigibilidade da reparação do dano

ao erário e ao particular) Luciano Anderson de Souza e Guilherme Madeira Dezem (Comentários ao pacote anticrime: lei 13.964/2019).

Afirmam os defensores dessa teoria que, como o acordo de não persecução penal é o meio viável diante do afastamento da hipótese de arquivamento dos autos, outro membro do Ministério Público, diverso do que se manifestou por primeiro, poderia oferecer o acordo de não persecução penal, quando o Juízo de Direito entender pelo cabimento do instituto, atribuição essa que nada teria em comum com o combatido sistema inquisitivo do “juiz-autor”, e sim com a missão constitucional do Poder Judiciário alhures exposta (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 321).

Salientam que a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 45/110, conhecida como Regras de Tóquio, assentou a necessidade de implementação de medidas alternativas a serem tomadas antes do início do processo, das quais o Brasil é signatário, tendo se comprometido a efetivar medidas despenalizadoras conquanto direitos públicos subjetivos dos acusados (BARROS; ROMANIUC, 2019, p. 92 *apud* KESSLER, 2021, p. 44).

Por compreenderem que o acordo de não persecução penal é um direito, e não uma faculdade, portanto, qualitativamente indisponível, os defensores dessa corrente doutrinária declaram que o membro do Ministério Público está obrigado a fundamentar e a motivar a recusa em promover a proposta ao acusado, diante das circunstâncias do caso concreto, perante o membro do Poder Judiciário (DEZEM; SOUZA, 2020, p. 107 *apud* KESSLER, 2021, p. 47) e que sendo imotivada a recusa, ensejaria a interposição de *habeas corpus* pelo risco do constrangimento ilegal do acusado em ser processado quando a lei processual penal lhe facultava não correr esse perigo (SIQUEIRA; 2020, p. 10 *apud* KESSLER, 2021, p. 47)

Ao considerarem o acordo de não persecução penal como um direito do autor do fato, essa primeira parcela da doutrina precipitadamente enxerga o indivíduo que cometeu o ilícito como sendo o objeto do processo: é cediço que o Direito Penal deve ser o Direito Penal do fato, e não o Direito Penal do autor, ou seja, a reprimenda estatal deve estar voltada para o fato que causou lesões aos bens jurídicos das vítimas, não à pessoa que as praticou. O sistema acusatório é rígido quanto à proporcionalidade da punição àquelas condutas ilícitas penais, mas se preocupa em garantir a incolumidade do acusado.

Para a outra parcela da doutrina processualista brasileira, o raciocínio de que o acordo seria um direito público subjetivo do imputado é inadequado: há que se falar em uma discricionariedade ou oportunidade regrada do membro do Ministério Público, que deriva do *princípio da oportunidade*, compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, permitindo que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição (LIMA, 2020, p. 275).

Essa segunda corrente doutrinária parte da premissa de que o acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, com a necessidade de participação ativa das partes – acusação e defesa – não sendo necessária a intervenção do juiz, que ao determinar a realização do acordo de ofício, estaria agindo de maneira inquisitiva, ao substituir a vontade do órgão ministerial em não realizar o acordo, quando aparentemente preenchidos os requisitos legais (LIMA, 2020, p. 276).

Também haveria a necessidade do atendimento cumulativo de todos os dispositivos do artigo 28-A do Código de Processo Penal (caput e parágrafos), para que o membro do Ministério Público celebrasse a avença. A fixação desse entendimento está contida no Enunciado 19, elaborado pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) em parceria com o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.

Alguns dos adeptos dessa teoria de que de que a formulação do acordo de não persecução penal é discricionária ao membro do Ministério Público são Renato Brasileiro de Lima (Manual de processo penal), Rogério Sanches Cunha (Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP) Renee do Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower (Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal) e Sandro Carvalho Lobato de Carvalho (Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal).

Declaram que o acordo de não persecução penal, por ser correspondente do termo de ajuste de conduta aplicado no processo civil, deve ser encarado como poder-dever do Ministério Público, e não como um direito público subjetivo do investigado, porque se assemelha aos princípios e postulados básicos da transação penal e da suspensão condicional do processo, já

pacificados pelas cortes superiores como prerrogativas institucionais do Ministério Público (CUNHA, 2020 p. 138 *apud* KESSLER, 2021, p. 49).

Indo além, por se tratar de solução de comprometimento obtida a partir do consenso, classificar o acordo como sendo direito do réu seria o equivalente a subtrair do órgão ministerial a necessária liberdade de atuação estatal, às avessas dos princípios regentes do devido processo legal (SOUZA; DOWER, 2021, p. 212 *apud* KESSLER, 2021, p. 50).

O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, nos julgados de relatoria dos Ministros Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes, fixou o entendimento de que a existência do acordo na legislação não garante ao acusado o direito de realizá-lo espontaneamente, mas sim do Ministério Público verificar se é a estratégia adequado ao caso concreto, senão vejamos (BRASIL, 2021, online):

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. **As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.** 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições". 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento. (HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021) (grifo nosso)

III – **As condições descritas no art. 28-A do Código de Processo Penal - CPP, incluído pela Lei 13.964/2019, são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, porém insuficientes para concretizá-lo, pois, mesmo que presentes, poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o ANPP não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, tal como, aliás, é previsto na parte final do dispositivo. Não se trata, portanto, de um direito subjetivo do acusado.** IV – Conforme exposto no acórdão atacado, o paciente não tem direito ao benefício, haja vista que as penas mínimas dos crimes que lhe são imputados, somadas (concurso material

– art. 69 do CP), totalizam exatamente 4 anos de reclusão, quantum este superior ao limite previsto no art. 28-A do CPP, que estabelece a “pena mínima inferior a 4 (quatro) anos”. (...). (HC 201610 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2021 PUBLIC 25-06-2021) (grifo nosso)

Isto posto, restou demonstrado que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) adotaram como natureza jurídica do acordo de não persecução penal uma faculdade regrada do Ministério Público, e não um direito público subjetivo do acusado, desde que observada a fundamentação e a motivação por parte dos promotores e procuradores.

Isto é, prevalece o entendimento de que – sendo o Direito Penal voltado à punição dos fatos – o órgão ministerial, enquanto titular da ação penal, deve agir de maneira fundamentada e motivada acerca do cabimento ou não da avença, observado o contraditório e a ampla defesa.

O tema acerca da natureza jurídica do acordo de não persecução penal ainda é controvertido, mas as controvérsias produziram conclusões deveras profícuas acerca do instituto, demonstrando a relevância desse dispositivo legal dentro Processo Penal Brasileiro, que possui nuances muito importantes de serem compreendidas, como é o caso dos requisitos de admissibilidade, de inadmissibilidade e de aplicabilidade.

DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Conforme se extrai do artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro, são requisitos do acordo: (I) a viabilidade acusatória, (II) a confissão por livre e espontânea vontade do autor do fato, (III) a infração ter sido cometido sem violência nem grave ameaça, (IV) a pena mínima cominada inferior a 04 (quatro) anos, (V) fim útil e suficiente à reprovação do crime, (VI) a dispensa do instituto da transação penal, (VII) a inexistência de contumácia criminal (VIII) e o agente não ter sido beneficiado com outro acordo nos últimos 05 (cinco) anos.

Trata-se de uma gama de exigências legais, não exaustivas, que precisam ser observadas no caso concreto: isso se deve ao fato do legislador ter demonstrado uma preocupação em delimitar ao máximo a aplicação do instituto pelas autoridades da Justiça, a saber, o membro do Ministério Público, o membro do Poder Judiciário, e o defensor do acusado.

Não são exigências exaustivas, ou seja, não são um rol taxativo, porque ainda geram muita discussão no tocante aos tipos penais aos quais se aplicam e às minúcias polissêmicas que as palavras contidas na norma naturalmente podem conceber na interpretação dos juristas.

No tocante ao requisito da viabilidade acusatória, significa dizer que deverão estar presentes as condições de admissibilidade da acusação, isto é, de materialidade e de autoria de um crime, inviabilizando o arquivamento da investigação (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 316). O acordo de não persecução penal é uma alternativa ao ajuizamento da ação penal, e não uma alternativa ao arquivamento: só é cabível ANPP se existir elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, e, aberto prazo para vista do Ministério Público, o membro ministerial analisará se o caso contido nos autos comporta ANPP (CARVALHO, 2021, p. 26).

Para ser viável a celebração entre as partes, deverá existir aparência da prática criminosa, punibilidade concreta, legitimidade da parte (crime de ação penal pública, praticado por pessoa maior de idade) e justa causa, isto é, o suporte probatório mínimo apto a fundamentar uma possível acusação (LIMA, 2020, p. 280).

O legislador – quando inseriu o ANPP na legislação brasileira – intencionava ampliar a política criminal do desencarceramento em massa, realidade enfrentada pelos brasileiros de todas as classes sociais, em maior ou menor medida, a qual não será enfrentada neste artigo, mas que pode ajudar a compreender o porquê da preocupação legal em garantir àquelas pessoas acusadas por crimes, mais institutos despenalizadores, além dos que já existem na legislação, como é o caso do arquivamento, da transação penal nos juizados especiais e da suspensão condicional no processo, apenas para fins de exemplificação.

Quanto ao requisito da confissão do autor do fato, o imputado poderá aceitar ou não (caso em que a acusação prosseguirá), podendo essa confissão ser feita na investigação ou mesmo quando da realização do acordo (JÚNIOR, 2020, p. 316). Em que pese haver divergência quanto ao momento em que o acusado pode confessar a prática delitiva, se após a audiência de custódia em caso de flagrante, ou se em audiência extrajudicial em dia específico para a proposta de acordo, exige-se que a confissão não contenha excludentes de culpabilidade nem alegações por parte do acusado que visem elidir a instrução do devido processo legal, por exemplo, atribuir o fato a outrem ou abusar de seus direitos (falsidade ideológica, i.e.).

Ou seja, se o acusado for preso em flagrante delito, e no momento da prisão, se identificar com nome diverso do seu verdadeiro, praticará mais de um crime, pois também é cediço que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, mesmo que essa atitude do réu vise beneficiar a si próprio: o réu é sujeito de direitos, mas não pode abusar de seus direitos em sua defesa.

Entende-se como confissão formal do imputado aquela preferencialmente gravada em áudio e vídeo, ou reduzida a termo, realizada na presença do Ministério Público e do defensor do investigado, na audiência extrajudicial designada pelo órgão ministerial (CARVALHO, 2021, p. 36), desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, o negócio jurídico é seguramente compatível com os direitos fundamentais do autor do fato (LIMA, 2020, p. 283).

A confissão acerca do fato típico, ilícito e culpável precisa ser integral e voluntária: o réu não pode imputar o fato a outrem, com a intenção de se esquivar da punição, mesmo que ciente de que foi o único responsável pelo delito, e, mesmo que não tenha sido o único, precisa colaborar com a instrução processual, relatando tudo que sabe sobre os fatos, sem pesar sobre ele nenhuma sanção penal prévia. O acordo de não persecução penal busca reparar um dano, não aplicar um castigo ao acusado pelo dano.

Acerca do requisito da pena mínima do crime ser inferior a 4 (quatro) anos e de ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição de pena aplicáveis ao caso concreto, conforme expressa previsão do § 1º do artigo 28-A, podendo ser celebrado independentemente da natureza do ilícito (se crime ou se contravenção penal), sendo a violência que impede a celebração do acordo aquela presente na conduta, e não no resultado (LIMA, 2020, p. 275).

A presença de grave ameaça na conduta do autor do fato, por si só, é causa impeditiva da proposta de acordo: isso se deve ao fato do Direito Penal Brasileiro considerar altamente reprovável não apenas a lesão ao bem jurídico da (s) vítima (s), mas a coação que o acusado empregou para ter êxito na ação criminosa.

Também são obrigatórias as considerações das possíveis existências de concurso material de crimes (artigo 69 do Código Penal), de concurso formal (artigo 70 do Código Penal) e de continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal), onde as somas das penas mínimas

cominadas precisam ser inferiores a 04 (quatro) anos, para que o acordo seja possível (CARVALHO, 2021, p. 32).

O concurso material de crimes ocorre quando o autor do fato comete dois ou mais crimes praticando duas ou mais condutas comissivas ou omissivas; enquanto no concurso formal de crimes, o autor do fato pratica dois ou mais crimes, mediante uma única conduta comissiva ou omissiva: em ambos os concursos, incide aumento de pena. No caso da continuidade delitiva, além do concurso de crimes, todos da mesma espécie, há ainda a identidade de condições para a prática delitiva, isto é, os crimes subsequentes derivam de um primeiro, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, também incidindo causa de aumento de pena (BRASIL, 1940, online).

Relativamente ao requisito de que o acordo seja necessário e suficiente à reprovação do crime, significa dizer que ele objetiva reprovar, diante da sociedade, a infração cometida, que deve ser reparada com medidas alternativas à prisão, como o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos semelhantes aos aparentemente lesados pelo crime (KESSLER, 2021, p. 38), assim como outras medidas que visem a prevenção de novo delito semelhante ao ocorrido durante a investigação.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior (2020, p. 314): “Se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro e o impacto desses instrumentos negociais, não seria surpresa alguma se o índice superasse a casa dos 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo.”. Significa dizer que os delitos inseridos na legislação penal brasileira permitem o espaço para a celebração de avença entre a autoridade e o autor do fato, porquanto não exigem como conduta indispensável à configuração do delito o emprego de violência nem de ameaça, e possuem penas preventivas de liberdade inferiores a 04 (quatro) anos.

É verdadeiro que o Ministério Público, no seu papel de instituição de garantia dos interesses da sociedade, precisa avaliar se, no caso concreto, o ANPP é suficiente e necessário para a repressão e prevenção do ilícito penal, avaliando a dimensão social do dano causado, a relevância social do bem jurídico, a danosidade do fato, e, inclusive, considerando os direitos fundamentais da vítima, o dano sofrido por ela, material, financeiro, psicológico e moral (CARVALHO, 2021, p. 88).

Para compreender o requisito de dispensa da transação penal, é preciso compreender o que é a transação penal: trata-se de instituto despenalizador instituído pela Lei nº 9.099/1995 que permite aos autores das infrações penais de menor potencial ofensivo, que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, pagá-la ou receber penas restritivas de direitos, para ter o processo arquivado (artigo 60 e seguintes da Lei nº 9.099/1995).

O parágrafo 2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal, em evidente diálogo com a referida lei, reconhecendo a competência dos Juizados Especiais Criminais para processar e julgar infrações penais de menor potencial ofensivo, fixou mais um critério para a viabilidade do acordo: o crime cometido deve ter pena cominada superior ao mínimo de 02 (dois) anos, e inferior a 04 (quatro) anos, e ser de competência do Juízo Criminal Comum. É mais uma demonstração de que a legislação penal brasileira está seguindo o caminho correto e em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil.

A justiça negociada no Brasil, diante do exposto, seria disposta na seguinte ordem escalonada: em um primeiro momento, cabe às autoridades verificar se cabe transação penal; não sendo o caso, em um segundo momento, verificar se caberia acordo de não persecução penal; e, num terceiro momento, já tendo sido apresentada a denúncia, se admite suspensão condicional do processo, para, num eventual quarto momento, verificar a viabilidade do acordo de delação premiada (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 315).

Com efeito, a legislação brasileira busca garantir ao acusado distintos dispositivos legais com a finalidade comum de evitar a prisão, em prol de medidas alternativas mais benéficas, sendo a transação penal voltada para crimes de baixo potencial ofensivo, o acordo de não persecução penal voltado para crimes de médio potencial ofensivo cometidos sem violência ou grave ameaça, a suspensão condicional do processo, para crimes de médio potencial ofensivo cometidos com violência ou grave ameaça quando já tiver sido apresentada a denúncia, e o acordo de delação premiada, quando existirem indícios de que o crime fora cometido por mais de um agente.

Por fim, os requisitos da inexistência de contumácia criminal e da primariedade do benefício demandam que o membro do Ministério Público observe a presença de elementos probatórios que assinalem conduta criminal habitual por parte do investigado (KESSLER, 2021, p. 35).

Aury Lopes Júnior (2020) critica esse requisito discricionário ao afirmar que o dispositivo traz um elemento demasiadamente subjetivo, vago, impreciso, deixando a critério do promotor considerar se a conduta é habitual ou não, enquanto Renato Brasileiro De Lima (2020) defende a subjetividade dos termos utilizados porque deles é possível depreender que o beneficiário do acordo não pode ser confundido com aquele indivíduo que faz do crime seu meio de vida, que cometeu crimes no passado, e que está disposto a cometer crimes no futuro próximo.

O legislador, buscando frustrar a banalização do acordo de não persecução penal, e promovendo a ideia de que sua celebração deve visar precipuamente a réus primários, que tenham praticado uma infração penal pela primeira vez.

Daí ser possível concluir que a Lei Anticrime tenha designado a aplicação do benefício na eventualidade do agente ter sido favorecido nos 5 (cinco) anos anteriores não apenas em outro acordo de não persecução penal, mas também se acaso favorecido com uma transação penal ou suspensão condicional do processo (LIMA, 2020, p. 281).

PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO PENAL A PARTIR DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal é um instrumento de política criminal recém-incorporado ao Código de Processo Penal, e como tal, é compreensível que gere tantas dúvidas sobre sua natureza e aplicabilidade. Com efeito, é certamente um dispositivo de grande importância à disposição do Ministério Público para a proteção da sociedade, a garantia de uma política criminal voltada para a repressão necessária àqueles crimes de elevada ofensividade, que podem vir a causar maiores danos no seio social e que merecem penas mais severas, bem como permitir a celeridade e a eficácia da resposta da justiça àqueles crimes de média ofensividade, sem descurar dos direitos das vítimas (CARVALHO, 2021, p. 202).

Quais os benefícios que a celebração de um acordo de não persecução penal produzirá para o réu? Sendo evidente que o Direito Penal é um ramo do direito voltado para a análise das circunstâncias do fato, e não das circunstâncias pessoais do réu, se o fato admitir a viabilidade da justiça negociada, e o réu cumprir integralmente com todas as condições pactuadas com o órgão ministerial e homologadas pelo juiz, receberá como prêmio legal o arquivamento do procedimento investigatório e a declaração da extinção de punibilidade (LIMA, 2020, p. 285).

O acordo é aplicado apenas àqueles crimes processados por meio de ação penal pública, mas ele pode ser aplicado aos crimes de ação penal privada? Apesar da resistência do meio jurídico, por ser instituto “irmão” da transação penal, que é admitida nas ações penais privadas, preenchidos os requisitos legais, o acordo pode vir a ser proposto pelo querelante (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 322), pois ele é o legitimado por lei a promover a ação penal privada, ainda que haja poucos crimes de ação privada capitulados pela legislação penal, e raramente haja de fato interesse por parte do legitimado em celebrá-lo (CARVALHO, 2021, p. 196).

Os espaços de consenso não podem ficar restritos ao Ministério Público e ao Poder Judiciário: parte da doutrina, de maneira acertada, entende que é preciso também estender a faculdade do acordo ao titular da ação penal privada, isto é, ao querelante/vítima, a pessoa que fora ofendida pela conduta do réu/querelado, pois a legislação não é estanque, sendo possível no futuro uma nova redação legal abarcando tal perspectiva.

O acordo de não persecução penal pode se aplicar a crimes praticados com violência por parte do autor do fato? Em que pese a existência de divergência doutrinária, alguns crimes que envolvem violência admitem a aplicação de uma justiça negociada, desde que a violência esteja no resultado da conduta do autor do fato, não na intenção deste quando da prática do delito, pois os consensos precisam ser moldados como métodos adequados de solução do conflito criminal, ponderando a proteção da vítima, a repressão do infrator e a prevenção da prática de novos delitos (CASARIL, 2021, p. 113).

Assim sendo, apesar da conduta culposa à pessoa gerar o resultado violento, não sendo esta o meio de execução, considerando que a conduta se deu pela inobservância do dever de cuidado, aceita-se a incidência do instituto despenalizador, evitando uma pena corporal em primazia das penas restritivas de direitos, mais brandas, preteridos, por óbvio, aqueles crimes dolosos de maior potencial ofensivo (FERREIRA, 2021, p. 59), como por exemplo, os crimes hediondos e os crimes com qualificadoras específicas para os meios de execução cuja cominação excede o mínimo de 04 (quatro) anos.

Nos crimes cometidos contra a mulher por sua condição de sexo feminino, dentro ou fora do ambiente doméstico, caberia proposta de acordo? Do ponto de vista legal, não, pois o artigo 28-A, em seu § 2º, inciso IV, prevê expressamente que são vedados acordos para os crimes dessa natureza, tendo em vista que o legislador visava precipuamente, recrudescer o

tratamento dado aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em resposta às expectativas constitucionais e internacionais sobre a pauta de igualdade entre homens e mulheres (CARVALHO, 2021, p. 119).

Todavia, do ponto de vista doutrinário, a vedação do acordo de não persecução penal dentro da violência de gênero não pode incentivar a despenalização do fato, sendo que ele pode vir a ser aplicado desde que albergue os interesses da vítima dessa violência, a partir de uma abordagem reparadora, com a manutenção das medidas protetivas durante o cumprimento do acordo, o comparecimento em juízo para entrevista psicológica, o compromisso do acusado em não praticar novas agressões ou cometer nova infração penal, e a obrigação de reparar os danos causados à ofendida (CASARIL, 2021, p. 115).

Acerca do estudo do acordo de não persecução penal no tempo, muito se discute sobre a aplicabilidade ou não do acordo de não persecução penal para crimes praticados anteriormente à entrada em vigência da Lei Anticrime, em janeiro de 2020: qual o momento para apresentação do acordo de não persecução penal? Ele é aplicável a fatos pretéritos à promulgação da referida lei?

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento recente de relatoria do ministro Roberto Barroso, fixou a tese de que o acordo de não persecução penal se aplica a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que a denúncia não tenha sido aceita pelo Juízo de Direito competente (BRASIL, 2020, online):

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. **Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de**

não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. (HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020) (grifo nosso).

Com esse julgado, o Supremo Tribunal Federal fixou uma tese muito relevante para o modelo de justiça que a Lei Anticrime tentou inserir no ordenamento jurídico brasileiro, pois retroagindo para beneficiar o réu, não implica no reconhecimento de um direito daquele, mas de permitir que fatos adequados aos requisitos legais sejam regidos pela nova lei processual: ao invés do oferecimento da denúncia e conseqüentemente do início da instrução processual, permite-se um resultado útil e célere com a celebração do negócio jurídico. Todavia, se já tiver sido oferecida denúncia, como fora explicitado acima, o instituto jurídico consensual seria o da suspensão condicional do processo, e não o do acordo, igualmente interessante, pois também é benéfico para o réu e já se encontra vigente há mais tempo do que o acordo, considerando-se que a Lei dos Juizados Especiais que instituiu a suspensão data do ano de 1995 (Lei nº 9099/1995).

A doutrina inclusive assevera que por se tratar de norma mista, que retroage em benefício do réu, o acordo poderia inclusive ser proposto na audiência de custódia, quando o caso concreto o permitir (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 318). Ainda que seja notório que o réu não possa ser questionado sobre o mérito em sede da audiência de custódia, e, que a confissão seja matéria de mérito, e não matéria de ordem processual, o membro do Ministério Público, aproveitando a presença do magistrado, do defensor e do réu, em ato apartado da audiência de custódia, ou seja, posterior à realização dela, conseguiria nessa mesma oportunidade propor e celebrar o acordo, em primazia ao princípio da economia e da celeridade dos atos processuais, observando se o promotor e o juiz são os naturais do caso, e, se homologado, o réu poderia vir a ser posto em liberdade, tudo no mesmo dia (LIMA, 2020, p. 276).

São numerosas as discussões que envolvem esse novo instituto jurídico inserido pela Lei Anticrime, e é natural que existam tantas divergências sobre ele, contudo, é acertado compreendê-lo como uma ferramenta válida para conferir azo à resolução dos processos que estão em tramitação na Justiça Brasileira.

Certo é que a justiça negociada em matéria penal ocupa cada vez mais espaço de protagonista no Direito Brasileiro, cujas questões serão pacificadas com o avanço da doutrina e da jurisprudência (AYOUB, 2022, online).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve a intenção de explicar a relevância do acordo de não persecução penal dentro do Direito Brasileiro, enquanto medida afirmativa do modelo de justiça negociada e do sistema acusatório, a partir de deduções acerca da doutrina e da jurisprudência sobre o problema da pesquisa. A escolha da metodologia permitiu a obtenção de resultados satisfatórios para o tema abordado e ajudará a consolidar o conhecimento sobre os institutos estudados.

Isto posto, em resposta às questões motivadoras, têm-se como concepções jurídicas firmadas a partir dos resultados obtidos com a pesquisa que (1) A Lei Anticrime, ao consagrar o sistema acusatório no Código de Processo Penal, reafirmou a vontade dos constituintes em adotar um modelo de justiça coerente com as necessidades da pacificação social, e acertou ao modernizar o diploma legal, na medida do possível para o Estado Democrático de Direito que ainda está em construção no Brasil; (2) O Acordo de Não Persecução Penal tem como natureza jurídica uma faculdade motivada e fundamentada do Ministério Público em prover uma sanção penal reparadora do dano e consensual com o autor do fato, o que pode ser considerado como medida alternativa ao cárcere e afirmativa de uma política criminal garantista de direitos ao réu (3) cuja relevância reside na segurança jurídica que os efeitos de sua celebração geram, a saber: evitar o estigma que a ação penal resulta ao acusado, garantir a reparação do dano pela via pacífica, sem a imposição da pena, e aliviar as pesadas cargas processuais que ainda compõe a Justiça Brasileira.

Fora visto que a pretensão acusatória é o objeto do Processo Penal, com vistas a condicionar o poder-dever da reprimenda estatal, e que como elemento do devido processo legal, não implica na punição do autor do fato, mas na determinação indisponível deste em compensar o dano causado aos bens jurídicos de terceiros quando adequado ao caso.

De igual modo, constatou-se que o Poder Judiciário representa órgão super partes, decidindo sobre o mérito e podendo agir quando provocado, e não *ex officio*, e que o Ministério Público não é apenas o acusador, mas sim o responsável pela aplicação da lei quando está diante de uma conduta lesiva aos bens jurídicos tutelados pela norma penal vigente. Tais considerações demonstram o amadurecimento dos princípios da imparcialidade do julgador e do devido processo legal na legislação brasileira, a partir de um sistema processual penal pautado na técnica, e não em elementos exóticos ao Direito, como as paixões políticas, que não devem compor a norma.

Outrossim, vislumbrou-se que ainda há muitas melhorias que esse instituto despenalizador, o acordo de não persecução penal, trará para o ordenamento jurídico pátrio, mas que só poderão ser observadas com o necessário desenvolvimento de sua aplicabilidade aos casos concretos, mas que, indubitavelmente, deverão contribuir para a construção de um modelo de justiça moralmente adequado, ético, e, sobretudo, coerente.

REFERÊNCIAS

AYOUB, Maria Carolina Akel. **Aspectos práticos do acordo de não persecução penal**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-11/maria-carolina-ayoub-aspectos-praticos-anpp>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus HC 191464 AgR / SC - SANTA CATARINA. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437121/false>. Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº HC 191124 AgR / RO - RONDÔNIA. Relator: Ministro Alexandre De Moraes. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur444020/false>. Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº HC 201610 AgR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 jun. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur449425/false>. Acesso em: 01 maio 2022.

CARDOSO, Diego de Andrade; PADOVEZ, Rafael Silva. Ministério Público E O Recurso Pro Reo: A Função De Custos Juris No Processo Penal Garantista. **Étic - Encontro de Iniciação Científica**, Presidente Prudente, v. 17, n. 17, p. 01-20, ago. 2021. Anual. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9090>. Acesso em: 21 abr. 2022.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. **Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, 2021. 230 p.

CASARIL, Fábio Rodrigo. **A Possibilidade De Realização De Acordo De Não Persecução Penal Em Casos De Violência Doméstica**. 2021. 125 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3010>. Acesso em: 26 abr. 2022.

FERREIRA, Júlia Romanini. **O Acordo De Não Persecução Penal E Sua Aplicabilidade Nos Crimes Culposos**. 2021. 67 f. TCC- Curso de Direito, Faculdade de Direito de Curitiba, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13273>. Acesso em: 26 abr. 2022.

GARCIA, Paulo Sergio. Sistema Acusatório Princípio Processual Penal Implícito na Constituição. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, [S.L.], v. 21, n. 1, p. 31-37, 22 dez. 2020. Editora e Distribuidora Educacional. <http://dx.doi.org/10.17921/2448-2129.2020v21n1p31-37>. Disponível em: <https://revistajuridicas.pgsskroton.com.br/article/view/8201>. Acesso em: 09 abr. 2022.

KESSLER, Josué. **A (In)Disponibilidade Do Ministério Público No Acordo De Não Persecução Penal**. 2021. 61 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul, Florianópolis, 2021. Cap. 4. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/19393/1/A%20%28in%29disponibilidade%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20no%20acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20penal.pdf..> Acesso em: 21 abr. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. 1952 p. *E-book*.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1232 p. *E-book*.

MONTESCHIO, Horácio; TEIXEIRA, Alexander Haering Gonçalves. A Incompatibilidade do Acordo de Não Persecução Penal com o Sistema Processual Penal Brasileiro. **Campo Jurídico**, [S.L.], v. 9, n. 1, p. 706-723, 25 maio 2021. Centro Universitário São Francisco de Barreiras. <http://dx.doi.org/10.37497/revcampojur.v9i1.706>. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/706>. Acesso em: 21 abr. 2022.

NEVES, Lícia Jocilene das; RESENDE, Raissa Cupertino. O Código De Processo Penal Brasileiro E O Sistema Acusatório Implementado Pela Lei N. 13.964/2019. **Dom Helder Revista de Direito**, [S.L.], v. 3, n. 6, p. 123-141, 30 nov. 2020. Dom Helder Revista de Direito. <http://dx.doi.org/10.36598/dhrd.v3i6.1914>. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/dhrevistadedireito/article/view/1914>. Acesso em: 09 abr. 2022.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. Segurança e justiça: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório. **Opinião Jurídica**, São

Paulo, v. 19, n. 38, p. 115-135, 14 set. 2019. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3282>. Acesso em: 21 abr. 2022.

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

VALE, Ionilton Pereira do; SANTOS, Teodoro Silva. O Novo Sistema Acusatório Brasileiro. **Revista da Ajuris**, Fortaleza, v. 47, n. 148, p. 151-182, jun. 2020. Escola Superior da Magistratura. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1133>. Acesso em: 09 abr. 2022.

Recebido em: 10/11/2022

Aprovado em: 15/12/2022

Publicado em: 23/12/2022