

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA SOLUÇÃO PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO?

NON-PROSECUTION AGREEMENT: A SOLUTION FOR THE BRAZILIAN CRIMINAL JUSTICE SYSTEM?

Christiane Heloisa Kalb*

Kleber José Afonso Balester Neto**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a mudança substancial trazida pela Lei n. 13.964/2019 que introduziu no Código de Processo Penal brasileiro o acordo de não persecução penal, no sentido de averiguar se o ANPP pode ser uma alternativa ao inchaço do sistema processual penal. Indubitavelmente, trata-se de um instrumento que necessita de reflexão e estudo por todos os operadores do Direito, porquanto modificou notadamente a forma de aplicar o Direito Processual Penal no Brasil, exigindo posturas e estratégias diferenciadas por parte daqueles que atuam na área. Por ser um mecanismo muito recente na legislação penal brasileira, muitos pontos precisam de respostas e pacificação na doutrina e jurisprudência. Diante disso, a pesquisa se propõe a apresentar no que consiste o acordo e sobretudo as controvérsias que envolvem o mecanismo consensual, com o escopo de verificar a sua conveniência para o sistema penal. Para tanto, o estudo utilizou o método de pesquisa bibliográfica, com análise de textos de leis, da doutrina e de precedentes judiciais.

Palavras-Chave: Sistema de justiça penal. Código de Processo Penal. Justiça penal consensual. Acordo de não persecução penal.

Abstract

This article aims to analyze the substantial change brought about by Law No. 13.964/2019, which introduced the non-prosecution agreement into the Brazilian Code of Criminal Procedure, in order to ascertain whether the ANPP can be an alternative to the overburdening of the criminal procedure system. Undoubtedly, it is an instrument that requires reflection and study by all legal professionals, as it has notably modified the way Criminal Procedural Law is applied in Brazil, demanding different approaches and strategies from those working in the field. Being a very recent mechanism in Brazilian criminal law, many points need answers and clarification in doctrine and case law. Therefore, this research proposes to present what the agreement consists of and, above all, the controversies surrounding this consensual mechanism, with the aim of verifying

* Doutora em Ciências Humanas na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutora em Ciências Humanas pela UFSC. Graduada em Direito pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Docente no Curso de Direito do Centro Universitário Cesusuc (UNICESUSC). Advogada.

** Assessor jurídico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Cesusuc (UNICESUSC).

its suitability for the criminal system. To this end, the study used the bibliographic research method, with analysis of legal texts, doctrine, and judicial precedents.

Keywords: *Brazilian Criminal justice system. Brazilian Code of Criminal Procedure. Consensual criminal justice. Non-prosecution agreement.*

Sumário

1. Introdução. 2. Justiça penal consensual. Contexto de surgimento: a crise processual penal. 3. Justiça penal consensual no Brasil. 4. Acordo de não persecução penal. 4.1. Considerações iniciais. 4.2 requisitos para a formalização do acordo. 4.3 impedimentos para a formalização do acordo. 4.4. Objeto do acordo de não persecução penal. 4.5. Apreciação judicial do acordo de não persecução penal. 4.6. Cumprimento e descumprimento do acordo. 4.7. Direito subjetivo do investigado ou ato discricionário do Ministério Público? Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A justiça penal consensual não é novidade na legislação penal brasileira. A Lei n. 9.099/95 foi a responsável por efetivar o art. 98, I, da Constituição Federal de 1988, haja vista que consagrou a previsão constitucional criando mecanismos alternativos ao processo penal tradicional, como a composição civil dos danos, suspensão condicional do processo e transação penal. Tais institutos possibilitam a não judicialização de demandas criminais a partir de substituição do conflito por um consenso entre as partes. Outra ampliação dos espaços de negociação no âmbito penal foi introduzida pela Lei n. 12.850/2013, com o advento da chamada delação premiada.

Não obstante a inclusão dos instrumentos distintos ao processo penal, em virtude da restrição da aplicabilidade somente para os crimes de menor potencial ofensivo, verifica-se que alguns operadores da área criminal buscavam a implementação de um instrumento com maior abrangência, é dizer, aplicável para um maior número de infrações penais, de modo a conceder mais celeridade, eficiência, simplificação, desburocratização e obtenção de resultados na esfera penal.

Essa pretensão encontra algumas razões, entre as quais, se destaca a constatação de que o sistema de justiça penal brasileiro é incapaz de enfrentar o aumento e evolução da criminalidade. Ademais, a ineficácia da administração no âmbito penal decorre da inflação legislativa, com excessiva criminalização, o que, por consequência, provoca um incremento expressivo de demandas processuais penais. Como resultado do congestionamento de processos, tem-se a deletéria morosidade na tramitação,

circunstância que reduz a função de prevenção geral do sistema penal, podendo causar, ainda, um sentimento de impunidade na opinião pública.

De mais a mais, cabe sublinhar que a existência de extensos números relativos à cifra oculta, igualmente apontam para a necessidade de se pensar em um meio alternativo à persecução penal em juízo. Sabe-se que incontáveis infrações penais, sobretudo as mais graves, sequer chegam a conhecimento do Estado e mesmo assim, as polícias, o Ministério Público e o Poder Judiciário, em regra, encontram-se com excessiva carga de trabalho.

Dessa forma, acompanhando uma tendência que parece ser internacional, o legislador brasileiro inseriu no Código de Processo Penal, por intermédio da Lei n. 13.964/2019, o art. 28-A, que possibilita a celebração do acordo de não persecução penal. Trata-se de alternativa que tem aplicabilidade muito mais extensa em comparação com os institutos da Lei n. 9.099/95, porquanto cabível para as infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. O instituto abrange uma boa parte da legislação penal brasileira, notadamente os delitos de pequena e média gravidade. Com efeito, a despeito de já existirem mecanismos consensuais sendo aplicados no âmbito processual, o acordo representa uma mudança substancial na estrutura do sistema penal, consistindo, sem dúvida, em um instrumento muito relevante na vida prática dos profissionais que atuam na esfera criminal.

Nesse cenário, formulou-se o seguinte problema: em que medida o acordo de não persecução penal poderia/pode ser uma solução para o inchaço do sistema de justiça criminal brasileiro?

Como hipótese ou resposta, a presente pesquisa tem como objetivo principal analisar os aspectos relativos ao instituto do acordo de não persecução penal, a fim de verificar como se desenvolve o procedimento e os pontos controvertidos existentes, para que se avalie a sua conveniência para o sistema penal. O tema proposto é de notável relevância, considerando a sua recente inserção no ordenamento jurídico penal e a substancial mudança na estrutura existente. Outrossim, vale destacar o grande impacto causado na vida prática dos operadores do Direito atuantes na esfera criminal, que deverão adequar suas posturas e estratégias diante da inovação que é o acordo. Para tanto, será necessário o conhecimento dos aspectos e controvérsias relacionados ao instrumento.

Para tanto, este artigo, que tem por base uma pesquisa monográfica do coautor e outras pesquisas da coautora junto ao Laboratório de Criminologia e pesquisas interdisciplinares - Crimilab, adotou o método de pesquisa bibliográfica, com exame

preponderante de textos de leis, da doutrina e de precedentes judiciais. O artigo foi subdividido em itens em que se analisa o acordo de não persecução penal, o cenário em que o instituto se desenvolveu, os requisitos, impedimentos, condições, apreciação judicial, consequências do cumprimento e descumprimento da avença e sua natureza jurídica. Dentre os tópicos que serão dissertados, apresentar-se-á as controvérsias a eles relacionadas, a fim de fornecer elementos para que se avalie a pertinência do acordo para o sistema penal.

2 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL. CONTEXTO DE SURGIMENTO: A CRISE PROCESSUAL PENAL

Analisando o sistema criminal brasileiro, notadamente as regras envolvendo o procedimento pelo qual o Estado, detentor do poder-dever de punir, resolve as demandas criminais e visto que outros meios vêm ganhando, gradativamente, maior protagonismo, compete neste item a análise da chamada justiça consensual ou justiça penal negociada, modelo que, em abreviada síntese, encerra a persecução penal a partir de um acordo entre acusação e defesa sem a existência de um processo.

Esclarece Cabral (2020) que a persecução penal no Brasil, em regra, é realizada da mesma maneira que na época do advento do Código de Processo Penal. De outro vértice, a forma de cometer crimes se modificou profundamente, pois, atualmente, se verifica uma criminalidade organizada e mais violenta que tem obtido cada vez mais recursos e poder. Não obstante o aumento de crimes e de poderio dos criminosos, a impunidade no tocante aos crimes graves é estarrecedora, e, mesmo assim, se constata que as Varas Criminais e os presídios brasileiros estão superlotados de processos, sobrecarregando os atores jurídicos (CABRAL, 2020).

Nesse trilhar Souza e Dower (2020) expressam que o crescimento acelerado da criminalidade além da preocupação provocada na comunidade jurídica, gerou também uma inequívoca incapacidade do sistema judicial penal brasileiro de certificar a segurança dos jurisdicionados. Na visão dos autores, o volume extenso de processos que são resolvidos em prazos demasiadamente longos impõe às vítimas das infrações penais, com a impunidade evidente, a total ausência de assistência e restauração pelo prejuízo causado, e aos acusados de modo igual, é dizer, são afetados por carregarem por tempo demais o peso de uma acusação criminal.

Lopes Junior (2020), adverte que a chamada panpenalização ou banalização do direito penal que há muito vem sendo discutida na ótica acadêmica e doutrinária, é uma das grandes causas geradoras de um cenário fértil para quem almeja aplicação de sanção penal sem um devido processo legal. Nesse sentido, é indiscutível que os legisladores brasileiros encontraram no direito penal uma forma de coagir a população a acatar as previsões legais por intermédio da formulação de tipos penais, cada vez mais carregados por um populismo penal. Muito embora diversas condutas tipificadas como infração penal sejam absolutamente insignificantes sob o prisma do direito penal – não se pode olvidar do caráter de *ultima ratio* – a consequência dessa ação legislativa é o aumento expressivo das demandas processuais penais (LOPES JUNIOR, 2020).

Diante do aumento de condutas tipificadas como crime, como corolário, vale sublinhar, não somente o Judiciário é afetado, a polícia judiciária se depara com um grande acréscimo das notícias-crimes, ocasionando, eventualmente, em uma investigação preliminar que não alcança a sua máxima efetividade. Tal cenário implica em outro problema grave, a saber, a elaboração de acusações ilegítimas, carentes de justa causa, revelando a ineficácia do sistema de administração da justiça (LOPES JUNIOR, 2020).

De acordo com Cabral (2020) subsistem, substancialmente, três formas conhecidas para enfrentar o excesso de trabalho no sistema de justiça criminal, quais sejam, o aumento proporcional de juízes e promotores, a descriminalização de delitos, a ponto de diminuir radicalmente os números de processos criminais e, por último, a ampliação da oportunidade de formalização de acordos no âmbito penal, especialmente para as infrações de média e baixa lesividade. Malgrado o autor reconheça que o ideal seria a primeira opção, isto é, complementar os quadros de magistrados e promotores, diante do cenário brasileiro de ausência de recursos financeiros, essa forma de solução é inviável, se mostrando mais adequado, conforme assinala o autor, a expansão das possibilidades de acordos em matéria penal. Na perspectiva do doutrinador, um sistema criminal que não propicia o acordo, acaba por gerar morosidade na tramitação processual e a pressa para dar conta da excessiva carga de trabalho, circunstâncias que provocam graves efeitos colaterais como o descrédito das instituições e o surgimento de movimentos de poder paralelo como as milícias, por exemplo.

Para Souza e Cunha (2020), dentre os modelos pensados pelo Estado para lidar com o cometimento de crimes, destaca-se, hodiernamente, o consensuado. Trata-se de um meio de resposta estatal que busca transportar à justiça criminal referências de acordo e conciliação que tenham como propósito a reparação de danos e atendimento das

expectativas sociais por justiça. Esse modelo se divide em pacificador ou restaurativo (resolução do conflito entre autor do crime e vítima), e justiça negociada conhecida como *plea bargaining*, na qual o infrator, confessando a culpa, entra em acordo com o acusador acerca de particularidades como a extensão da pena, forma de satisfação, perda de bens e reparação de danos. Dessa forma, a inserção da justiça consensual no âmbito penal tem transformado a ideia de como responder à infração cometida, trazendo pensamentos que buscam a saída menos retributiva e mais construtiva (SOUZA E CUNHA, 2020).

Lopes Junior (2020) não obstante apresentar severas críticas e demonstrar os perigos que representam a dilatação da possibilidade de resolução do processo criminal através do consenso e negociação, reconhece que se trata de uma tendência irrefreável. Sustenta, contudo, que se deve afastar uma expansão utilitarista, como a que ocorre no modelo *plea bargaining* norte americano, no qual 90% dos processos criminais são decididos mediante negociação entre acusação e defesa, circunstância que, seguramente, contribui para que os Estados Unidos liderem a classificação de maior população carcerária do mundo. De outro vértice, na contemporaneidade, constata-se haver uma conformidade de que nenhum sistema de administração de justiça penal é capaz de resolver com eficiência todas as demandas sem nenhum espaço de negociação. Por isso, a ampliação da possibilidade de acordo deve ocorrer a partir de lei que defina categoricamente os limites, de modo a desafogar e agilizar a justiça criminal, sem, todavia, significar recusa ao direito de jurisdição e das garantias processuais constitucionais (LOPES JUNIOR, 2020).

Em conformidade com o que expressam Souza e Cunha (2020), máxime em países com o sistema da *commom law* o uso habitual da negociação na esfera penal revelou que o método é frutífero para alguns delitos e especialmente para impedir o colapso do sistema de justiça, que se encontra inapto a harmonizar as formalidades dos procedimentos e o tempo preciso para oferecer resultados adequados que tranquilize suficientemente o clamor provocado pelo cometimento de crimes. Muito em razão disso, se verifica que o modelo americano *plea bargaining* se expandiu para a quase integralidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, tanto na Europa quanto na América Latina, em virtude da primordialidade de adiantar as respostas em face da escalada da criminalidade moderna (SOUZA E CUNHA, 2020).

3 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO BRASIL

Consoante ensina Pacelli (2020) a Lei n. 9.099/95 formou os Juizados Especiais Criminais com a atribuição de conciliação, julgamento e execução das infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo. A mencionada lei surgiu para conferir aplicabilidade para o art. 98, I, da CF, e apresenta a pretensão de despenalizar condutas e, por conseguinte, desencarcerar pessoas. Com efeito, a referida legislação expandiu a utilização das conhecidas reprimendas alternativas, e visa impedir, na medida do possível, a imposição da pena privativa de liberdade (PACELLI, 2020).

De acordo com Marcão (2020) inaugura-se o chamado procedimento sumaríssimo, assim entendido aquele que, entre os existentes, é o mais abreviado e simplificado. A partir do que se infere da previsão consubstanciada no art. 62, da Lei n. 9.099/95, trata-se de um sistema guiado pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade que pretende a reparação dos danos causados à vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade. Ademais, é designado para o tratamento das contravenções penais e os delitos cuja pena máxima não seja maior que 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (MARCÃO, 2020). Conforme lições de Lopes Junior (2020), seguramente a Lei n. 9.099/95 significou um marco processual penal relevante, porquanto modificou fundamentalmente a sistemática tradicional de solução de demandas penais, instaurando uma abertura para espaços negociais no âmbito do processo penal brasileiro. Isso porque instaurou o princípio da abertura de espaços negociais no âmbito do processo penal brasileiro, na medida em que introduziu institutos como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Nesse sentido, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais foi responsável por introduzir importantes mecanismos de negociação, como a composição dos danos civis, prevista nos arts. 74 e 75, da Lei n. 9.099/95; a transação penal, disposta na mesma lei no art. 76, *caput*, aplicável quando “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”; a suspensão condicional do processo, que encontra respaldo no art. 98, I, a CF e art. 89, da Lei n. 9.099/95 sendo cabível o instituto, ficando o processo suspenso por dois a quatro anos, desde que satisfeitas as seguintes condições: a) pena

mínima cominada ao delito não ultrapasse um ano; b) inexistência de outro processo criminal por parte do acusado; c) que o acusado não tenha sido por outro crime; d) presença das condições do art. 77, do Código Penal (AVENA, 2020).

Recentemente, o espaço de negociação e consenso foi substancialmente ampliado com o advento da chamada delação premiada, incorporada no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.850/2013, que concede ao autor da infração penal um benefício em troca de denúncia de outros envolvidos na prática do mesmo crime (AVENA, 2020).

Ensina Cordeiro (2020) que em relação à criminalidade organizada, constata-se que em virtude da especialização existente, mesmo que se apure a presença de infrações penais e eventualmente se descubra os seus autores, há uma dificuldade em localizar outros componentes e atividades ligados ao crime organizado. Muito em razão disso, o mundo tem criado delitos com maiores penas, reprimindo atos preparatórios e tipos penais mais amplos, com o escopo de conferir eficiência para a persecução penal. Nas palavras do autor “É o ‘garantismo penal integral’, que Fischer (2017) explica ser a obrigação estatal constitucionalmente expressa de deveres de agir positivos para a proteção da sociedade, protegendo bens jurídicos, evitando e punindo eficientemente os autores de crimes” (CORDEIRO, 2020, p. 21).

Para Cordeiro (2020) é nesse cenário de primazia da segurança, notadamente diante dos danos coletivos provocados pela prática de condutas criminosas, que desponta a Lei de Criminalidade Organizada que instituiu meios de obtenção de prova, entre os quais ganhou destaque a colaboração premiada, sobretudo a partir da sua utilização na operação conhecida como Lava Jato.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O presente item tem como finalidade a análise do acordo de não persecução penal instituído pela Lei n. 13.964/2019, conhecida por pacote anticrime. Para tanto, abordar-se-á o contexto de surgimento, conceito, natureza jurídica, requisitos, condições, impedimentos, objeto do acordo ou cláusulas, apreciação judicial e consequências do cumprimento e descumprimento. No mais, cumpre sublinhar que observar-se-á os pontos controvertidos existentes que precisam de reflexão e de pacificação na jurisprudência e doutrina, com o escopo de verificar se o instrumento será conveniente para o sistema de justiça penal.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com Cabral (2020), a Lei n. 13.964/2019, introduziu no CPP o art. 28-A, que inaugura na legislação brasileira um novo procedimento de solução consensual na esfera penal, o chamado acordo de não persecução penal. Todavia, impende acentuar que não se trata rigorosamente de uma novidade, porquanto o mecanismo, em verdade, já encontrava previsão no art. 18, da Resolução n. 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Entretanto, a solução pensada pelo CNMP provocou vultosa controvérsia na doutrina e jurisprudência, notadamente em relação a sua constitucionalidade, haja vista que o art. 130-A, § 2º, da CF, determina como incumbências do CNMP o controle da atuação administrativa e financeira do MP e o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, não estabelecendo a viabilidade de criação de mecanismos de natureza processual penal. A contrariedade à Carta Maior foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade protocoladas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5790) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5793), as quais se sustentaram na inconstitucionalidade formal e material do acordo de não persecução penal criado pelo CNMP. Cumpre observar que ainda não se tem o resultado da deliberação final do STF acerca das ADIs mencionadas, existindo, todavia, a previsão de que serão extintas ante a perda de objeto, haja vista que o ato normativo contestado foi regulamentado através de lei ordinária (AVENA, 2020).

Souza e Cunha (2020) expressam que no tocante à legalidade estrita, verifica-se que o acordo de não persecução penal não aumenta o poder punitivo estatal. Em verdade, de todo o oposto, caracterizando-se um instrumento benéfico ao investigado, porque além de ser capaz de reduzir a sanção imposta, afasta a possibilidade de uma sentença condenatória. Ademais, de se notar que inexistente desvantagem para o interesse público, uma vez que em se observando o custo-benefício oferecido pela implementação do mecanismo, e considerando a incapacidade do poder judiciário em solucionar de forma tempestiva e satisfatória as demandas criminais apresentadas, infere-se que é mais vantajosa uma saída que satisfaça com eficiência o conflito em comparação com um processo que permanece durante anos, inapto a efetivar as atribuições da reprimenda e de restaurar o sentimento da sociedade sobre a eficácia das leis.

Na mesma linha, a respeito da pertinência do acordo de não persecução penal, Souza e Dower (2020), assinalam:

A previsão tem por escopo evidente dotar de maior racionalidade o nosso sistema penal, assegurando, de um lado, resposta mais rápida aos crimes menos graves, respeitando sempre a autonomia da vontade do investigado e a ampla defesa, garantida pela indispensabilidade da defesa técnica e de, outro lado, permitindo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário maior dedicação e celeridade também no que toca à apuração de crimes graves, opção já indicada pela Constituição ao definir os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995 (SOUZA E DOWER, 2020, p. 146).

Lopes Junior (2020) indica que a realização de uma pesquisa das infrações penais atingidas pelos mecanismos negociais da transação penal, do acordo de não persecução, suspensão condicional do processo e o acordo de delação premiada, pode chegar a um índice de 70% dos tipos penais sujeitos a algum tipo de negociação. Nesse sentido, constata-se que existem condições para que se efetue um legítimo desentulhamento da justiça criminal brasileira, sem que seja franqueada a adoção de um cruel e arriscado modelo como o *plea bargaining* sem restrição de sanção. Dessa forma, trata-se de um preponderante procedimento de negociação processual penal que exige comportamento diversificado dos atores jurídicos, pois além de saber lidar com o confronto, precisam aderir a uma ideia mais negocial, estratégica, que reivindica uma ponderação do que pode ser ofertado e o custo a ser pago.

Na visão de Cabral (2020), a viabilidade de celebração de acordos de não persecução penal encontra respaldo no poder-dever do Ministério Público de proceder com uma apropriada política criminal e principalmente na titularidade e monopólio da ação penal pública. Nessa toada, uma vez que o órgão ministerial possui a capacidade de realizar uma política-criminal, é possível a busca por alternativas mais céleres e satisfatórias aos casos penais de baixa e média gravidade através de acordos penais.

No acordo de não persecução penal o que sucede é a presença de um consenso, um comum acordo de vontades, no qual o investigado voluntariamente admite cumprir condições como, por exemplo, a prestação de serviços sociais ou pagamento de determinado valor, com o objetivo de impedir que o *Parquet* instaure a ação penal, sendo certo que a satisfação completa do ajuste extingue a punibilidade. À vista do exposto, conclui-se que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é definida como um negócio jurídico consolidado a partir de uma política criminal do titular da ação penal pública na apuração dos crimes (CABRAL, 2020).

Para Bizzotto e Silva (2020), o instituto em estudo se configura como uma maneira negociada de aplicar a justiça criminal. O acordo entre sujeitos com interesses envolvidos, isto é, Ministério Público e o investigado ou acusado, relativiza premissas anteriormente

mais resguardadas como o princípio da obrigatoriedade e o da indisponibilidade da ação penal, haja vista a concessão de uma oportunidade de negociar e, por conseguinte, interromper a persecução penal. O consenso acertado concebe responsabilidades para ambas as partes, pois de um lado o Estado abdica de realizar atos persecutórios, impondo condições previstas na lei – na perspectiva dos autores, autênticas sanções antecipadas, na medida em que são impostas pelo Estado sem observância do devido processo para constituição da culpa – e de outro, o indivíduo suposto autor do crime deve cumprir as exigências ajustadas.

4.2 REQUISITOS PARA A FORMALIZAÇÃO DO ACORDO

O art. 28-A, *caput*, do CPP, determina requisitos indispensáveis para viabilizar a celebração do acordo de não persecução penal. Conforme ensina Lopes Junior (2020), os requisitos previstos no *caput* do art. 28-A, são cumulativos, sendo eles: a) existência das exigências para o exercício da pretensão acusatória, vale dizer, não pode se tratar de hipótese de arquivamento; b) o investigado precisa confessar formal e circunstancialmente a prática delitiva, sendo possível que a admissão de culpa ocorra na fase de investigação ou no momento de efetuação da negociação; c) a pena mínima cominada à infração penal perpetrada deve ser inferior a 4 (quatro) anos, sendo imprescindível que a conduta criminosa não tenha empregado violência ou grave ameaça. Nesse ponto, impende sublinhar que a aferição da pena deve considerar as causas de aumento e diminuição cabíveis no caso concreto. Para o autor, e essa questão parece ser pacífica na doutrina, as circunstâncias que ampliam a pena devem incidir no mínimo e as causas de redução no máximo, porque o que se pretende é a pena mínima prevista para o crime; e d) a negociação deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito (LOPES JUNIOR, 2020).

Algumas questões referentes aos requisitos objetivos consubstanciados no art. 28-A, *caput*, merecem ser abordadas. A primeira diz respeito ao requisito relativo ao dever do investigado de confessar formal e circunstancialmente a prática do crime.

De acordo com Bizzotto e Silva (2020), confissão formal significa a declaração do investigado de modo consciente, em relação à prática da conduta delituosa, realizada categoricamente na presença do membro do Ministério Público e do seu causídico. Circunstanciada exprime que a admissão de culpa precisa ser bem detalhada, contendo explicação da participação do investigado na ação criminosa. Presente a confissão nessas

condições, será ela reduzida a termo no acordo. Para Bizzotto e Silva (2020), da leitura do dispositivo legal infere-se que não há a proibição de que a confissão seja qualificada, é dizer, pode se fundamentar em uma excludente. De outro vértice, Avena (2020) e Cabral (2020) consideram que a confissão parcial ou amparada em excludente ou dirimente não possibilita o acordo, sendo indispensável que a declaração contenha uma narrativa coerente e convincente com detalhes de todas as circunstâncias que envolveram o cometimento do crime.

Nucci (2020), assinala que o acordo busca dar uma resposta ao delito sem que seja necessário deflagrar a persecução penal em juízo, de maneira que compelir o investigado a admitir formalmente a prática do tipo penal para posteriormente fixar reprimendas alternativas e demais condições, é inválido, haja vista a afronta à garantia constitucional da não autoincriminação. O autor supramencionado apresenta a situação em que o investigado não satisfaz as condições consubstanciadas no acordo. Nesse caso, surge para o órgão ministerial a faculdade de solicitar a rescisão da negociação e ajuizar a ação penal tendo em mãos a confissão do acusado. Daí porque Nucci (2020) sustenta que a possibilidade do acordo ser realizado sem necessidade de confissão rica em detalhes.

Em sentido contrário, Souza e Dower (2020) aduzem que não há se falar em violação ao direito constitucional do acusado em permanecer em silêncio, porquanto inexistente qualquer imposição no sentido de que o investigado necessita exprimir a verdade ou não conservar o silêncio. Com efeito, trata-se de uma opção em prestar informações verdadeiras acerca dos fatos, contanto que de forma livre e consciente. Nessa hipótese, a limitação a garantias fundamentais é constitucional, sob condição de que não seja definitivo ou geral, e sim que provenha de um ato voluntário e signifique um acréscimo proporcional do direito à liberdade do investigado. A renúncia a direito fundamental deriva de autonomia e vontade individual do seu titular. Nessa conjuntura, não se reduz a função primordial da defesa, apenas se insere uma mudança, eis que competirá a ela o exame do proveito do acordo, ponderando entre os direitos mitigados e os benefícios obtidos através da negociação. No fim, é a defesa que escolhe entre o processo penal que assegura todos os direitos fundamentais, ou prioriza a negociação em troca de relativização de garantias, mas que pode implicar em aumento da liberdade e bem-estar do investigado (SOUZA, DOWER, 2020). Em harmonia, Avena (2020) acentua que a exigência de confissão não é inconstitucional, pois o acordo somente ocorre por ato voluntário do investigado.

No que concerne à validade da confissão no caso de rescisão do acordo, oportuno sublinhar que a declaração formal e circunstanciada apenas é utilizável no processo penal na hipótese em que o acordo for homologado judicialmente e, no entanto, descumprido pelo investigado, situação em que o Ministério Público irá ajuizar a ação penal através da denúncia. Importa observar que a legitimidade da aplicação da confissão nos casos de homologação e posterior descumprimento encontra respaldo na finalidade de o Estado ter uma contrapartida por não ter ingressado com a ação penal. Caso contrário, é dizer, caso se entendesse pela impossibilidade da utilização da declaração nessa hipótese, inexistiria consequências pela inobservância dos termos do acordo, de sorte que a conduta do investigado só ganharia com o tempo e atrapalharia o fluxo da persecução penal, sem sofrer qualquer ônus ou desvantagem no processo penal. A negociação exige uma concessão de ambas às partes: enquanto o MP deixa de oferecer a denúncia, o investigado admite a prática do crime formal e circunstancialmente. Por outro lado, na hipótese em que não houver homologação judicial, retorna-se ao chamado *status quo ante*, sendo inviável, em razão do princípio da lealdade e da moralidade administrativo, o uso da confissão em prejuízo do investigado. (CABRAL, 2020). Na mesma linha, Avena (2020) sustenta que o representante do *Parquet* pode utilizar a confissão caso o investigado descumpra, sem justificativas, o acordo celebrado. Relativamente ao aproveitamento da admissão de culpa pelo juiz como elemento de convicção na sentença, a conclusão depende da efetivação ou não do juiz das garantias, previsto nos arts. 3º-B a 3º-F, do CPP, que, todavia, encontra-se com sua eficácia suspensa por medida cautelar do STF no âmbito das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Na hipótese de o STF revogar a medida cautelar e, por conseguinte, instituir o juiz das garantias no processo penal, a este se atribuirá a homologação do acordo, consoante art. 3º-B, XVII, do CPP, e considerando que o juiz da instrução e julgamento não terá acesso às provas da fase inquisitorial ou às questões já decididas pelo juiz das garantias, a confissão do acordo descumprido não poderá influenciar o juiz quando da prolação da sentença. De outro modo, caso seja mantida a suspensão ou declarada a inconstitucionalidade do juiz das garantias, as provas colhidas na fase de investigação estarão à disposição do juiz da sentença, motivo pelo qual poderá se valer da confissão extraída no acordo para decidir, contanto que em complemento com outros elementos submetidos ao contraditório judicial (AVENA, 2020).

Outrossim, algumas questões acerca do requisito relativo à exigência de o crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça são relevantes. De início, cumpre assinalar

que, evidentemente, o requisito se refere à vítima, isto é, não engloba coisas. Para consagrar a razoabilidade e proporcionalidade, deve-se entender que a violência referida no dispositivo se aplica tanto em relação à integridade física, como a psicológica da vítima, de modo que nesses casos afasta-se a incidência do acordo de não de não persecução penal. A respeito dessa exigência, o ponto principal reside na aplicabilidade ou não do acordo para os crimes culposos cometidos com violência contra alguma pessoa. É preciso observar que em outros dispositivos da legislação penal, há expressa limitação da aplicação somente para os crimes dolosos, a exemplo da continuidade delitiva, prevista no art. 71, parágrafo único, do CP. Entretanto, o art. 28-A não apresenta qualquer restrição nesse sentido, razão pela qual é possível entender que os delitos culposos admitem o acordo. A vedação quanto aos crimes praticados com violência ou grave ameaça deriva da personalidade do agente e da sua periculosidade social, de forma que nessas hipóteses o acordo não previne e nem reprime suficientemente a conduta delituosa. Tal cenário não se vislumbra nos crimes culposos, pois a consequência do crime não resulta de uma vontade do agente, mas de imprudência negligência ou imperícia (AVENA, 2020). De outro lado, Cabral (2020) considera que o acordo é inaplicável aos crimes culposos cometidos com violência à pessoa, notadamente nos casos de homicídio, uma vez que manifesta um injusto excepcionalmente grave, razão pela qual, via de regra, não é recomendável a celebração da negociação, especialmente porque ausentes os propósitos do mecanismo, quais sejam, a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

Finalmente, quanto ao requisito concernente à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do delito, Bizzotto e Silva (2020) esclarecem que os termos devem ser compreendidos como a existência de justa causa, isto é, o enquadramento da conveniência do Direito Penal e as medidas precisas para atingir a reprovação e prevenção, observando-se com uma visão de mínimo sacrifício legalmente permitido. Em síntese, é inadmissível que se ultrapasse os requisitos objetivos preceituados na lei. Afirmam os autores que as condições estipuladas no acordo são subjetivas, havendo espaço para discricionariedade do órgão ministerial para a formulação das exigências que reputar necessárias e suficientes, as quais precisam ser aprovadas ou não pelo investigado e seu advogado.

Cabral (2020) ensina que é primordial que se considere, para avaliar a existência de um injusto mais grave, circunstâncias como a dimensão da ofensa ao bem jurídico tutelado, a lesividade social e o dano causado pela prática criminosa. Em um aspecto de

culpabilidade, deve-se analisar a reprovabilidade da conduta do investigado de acordo com as particularidades do caso concreto. No exame do que é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal, é plausível e aconselhável empregar como critério as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, bem como as agravantes e majorantes dispostas na legislação penal, contanto que atinentes à magnitude do fato ou culpabilidade do investigado (CABRAL, 2020).

4.3 IMPEDIMENTOS PARA A FORMALIZAÇÃO DO ACORDO

O art. 28-A, § 2º, apresenta causas impeditivas da formalização da negociação, sendo elas de natureza alternativa, ou seja, é suficiente a presença de uma delas para que não seja admitido o acordo. Lopes Junior (2020), assim as sintetiza: a) inviabilidade de acordo quando admissível transação penal, nos termos da Lei n. 9.099/95; b) se as condições pessoais do investigado não aconselharem, em razão da reincidência ou por haver elementos probatórios apontando se cuidar de conduta delituosa habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas. Na visão do autor, trata-se de um critério indeterminado que gera um inapropriado espaço de discricionariedade para o *Parquet*; c) o investigado não pode ter desfrutado, nos 5 (cinco) anos antecedentes à prática do delito, de acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e d) impossibilidade de efetivação do acordo se a infração penal for cometida com violência doméstica ou familiar, ou perpetrado contra a mulher em virtude da condição de sexo feminino.

Assim como procedido com os requisitos, entende-se pertinente o estudo de pontos relevantes das hipóteses em que não se permite a celebração do acordo. Inicialmente, cabe acentuar que em relação à primeira causa impeditiva, referente à impossibilidade do acordo se cabível transação penal. Nesse ponto, consoante Avena (2020), a questão mais elementar diz respeito aos casos em que for possível a aplicação da suspensão condicional do processo e do acordo, como é o caso, por exemplo, do crime de estelionato. Nesse cenário, compete ao Ministério Público, atentando-se às circunstâncias do caso concreto, optar pela solução mais adequada para reprimir o crime, levando em conta a situação pessoal do investigado. Impende destacar que se tratam de instrumentos que apresentam procedimentos e consequências diversas, sendo o acordo de não persecução penal, indubitavelmente, um meio mais rigoroso em comparação com a suspensão condicional do processo.

Ademais, outra questão se refere às condutas criminosas pretéritas insignificantes. Bizzotto e Silva (2020) explicam que se trata de hipótese impeditiva dispensável, porquanto a conduta insignificante não é registrada criminalmente como um fato típico. E assim deve ser, tendo em conta a inexistência de tipicidade material, vale dizer, em que pese a conduta se enquadrar na norma penal, verifica-se que a ofensividade ao bem jurídico tutelado é ínfima, de modo que a intervenção do Direito Penal não encontra justificativa. Sobre esse assunto, Avena (2020), em tentativa de afastar a possível subjetividade do membro do órgão ministerial, criticada por parte da doutrina, consigna que, tendo em vista que o acordo cabe para os crimes de média lesividade, deve-se considerar insignificantes as infrações de baixa lesividade, é dizer, aquelas de menor potencial ofensivo submetidas à Lei n. 9.099/95.

4.4 OBJETO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

As obrigações que podem ser pactuadas encontram-se consubstanciadas nos incisos I a V do art. 28-A, do CPP. São elas: I) reparação do dano ou restituição a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II) renúncia voluntária de bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito da infração penal; III) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, reduzida de um a dois terços, em local a ser apontado pelo juiz da execução, na forma do art. 46, do CP; IV) prestação pecuniária, a ser estabelecida consoante art. 46, do CP, a entidade pública ou de interesse social, apontada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e V) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição apontado pelo Ministério Público, contanto que simétrica e compatível com o crime imputado (BRASIL, 2019).

De plano, é preciso destacar que a expressão contida no final do art. 28-A, do CPP, no sentido de que as condições podem ser ajustadas cumulativa e alternativamente encontra interpretações diferentes na doutrina. Em verdade, assim como outras questões controversas, trata-se de ponto que precisa de pacificação dos Tribunais. Marcão (2020) aduz que consiste em um equívoco do legislador ordinário, eis que as condições somente podem ser cumulativas ou alternativas, sendo desacertado estabelecer as duas simultaneamente. Nesse sentido, deve-se compreender que as condições podem ser ajustadas cumulativa ou alternativamente, de acordo com o que o caso concreto

demandar, exigindo-se que sejam proporcionais, necessárias e suficientes para reprovação e prevenção do delito. Compartilham desse entendimento externado por Marcão (2020), os doutrinadores Bizzotto e Silva (2020), Avena (2020) e Pacelli (2020). A respeito da questão, Lopes Junior (2020) entende que as condições são alternativas, mas podem ser cumuladas. Cabral (2020) assevera que a interpretação mais correta é de que as condições consubstanciadas nos incisos I, II e III são sempre indispensáveis e cumulativas, ao passo que as previsões dos incisos IV e V seriam alternativas. O autor justifica essa conclusão em razão da expressão “ou” relacionada apenas às duas últimas condições.

Superado esse ponto, a primeira condição, a qual se refere à reparação do dano à vítima ou restituição da coisa, é de notável relevo, porquanto confere maior protagonismo à pessoa que sofreu prejuízo com a infração penal. Relativamente a essa exigência não há maiores discussões, sendo oportuno acentuar, no entanto, que a vítima pode buscar reparação complementar da lesão suportada através de ação indenizatória no juízo cível (BIZZOTTO E SILVA, 2020).

No que toca à segunda obrigação do investigado para viabilizar o acordo de não persecução penal, Cabral (2020) leciona que se cuida de condição excepcionalmente significativa em razão da sua aptidão para conferir maior celeridade na transferência de bens que foram utilizados como instrumento, produto ou proveito do crime, afastando a necessidade de aguardo, que as vezes dura anos, da prolação de uma sentença penal condenatória. Esse dispositivo também impede que os bens fiquem apreendidos sem qualquer finalidade, possibilitando de forma mais efetiva a reparação do dano ou restituição da coisa, atendendo ao art. 28-A, I, do CPP.

Em relação à condição de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, vale lembrar que se deve considerar as causas de aumento no percentual mínimo e de redução no máximo, que sejam aplicáveis ao caso concreto (CABRAL, 2020). Ademais, convém apontar que conforme o texto legal, o período de cumprimento da prestação de serviço deve ser entre o valor de um a dois terços da pena mínima do crime perpetrada. Sobre a determinação do intervalo de tempo para a satisfação da condição, Bizzotto e Silva (2020), estabelecem que é preciso levar em consideração além dos critérios de necessidade e suficiência, o princípio da proporcionalidade, a razoabilidade e ponderação, adotando-se, ainda, os parâmetros previstos para a individualização da pena do art. 59, do CP.

Quanto à prestação pecuniária, para se arbitrar um valor apropriado, é preciso considerar a gravidade do injusto e da culpabilidade, podendo-se, para tanto, os critérios

do art. 59 do CP. Outrossim, a capacidade econômica do investigado é outro elemento a ser ponderado, porquanto indispensável que o montante fixado não seja excessivamente alto ou reduzido (CABRAL, 2020). Por derradeiro, relevante enfatizar que o inciso V, do art. 28-A, do CPP, que prevê o cumprimento, por prazo determinado, de condição apontada pelo MP, contanto que proporcional e compatível com o crime imputado, é considerado inconstitucional por Marcão (2020). Isso porque, consoante o autor, o ordenamento penal brasileiro, que adota o princípio da reserva legal no art. 5º, XXXIX da CF, veda a existência de regras indefinidas. Nessa quadra, para haver legitimidade jurídica, assim como as sanções penais, as condições negociáveis necessitam ser categoricamente previstas na lei, sendo inconstitucionais aspectos legais que permitem penas ou condições vagas, isto é, indefiníveis.

Sobre a obrigação disposta no art. 28-A, V, do CPP, Nucci (2020) ilustra:

Quanto à cláusula prevista no inciso V do art. 28-A, deve-se frisar que a abertura nunca deu certo a uma condição para se fixar qualquer coisa. Note-se o disposto no art. 79 do Código Penal: “a sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado”. O referido art. 79 refere-se à suspensão condicional da pena. Em três décadas de magistratura, jamais vi uma condição advinda da mente do juiz que fosse razoável e aceita pelo Tribunal. Portanto, dentro do princípio da legalidade, esperamos que o membro do Ministério Público não cometa os mesmos erros que juízes já realizaram por conta do art. 79 do CP (NUCCI, 2020, p. 222).

Na visão de Cabral (2020) não há inconstitucionalidade ou ilegalidade por ofensa ao princípio da taxatividade, tendo em vista que as cláusulas não constituem penas, o acordo é assumido na esfera de liberdade de contratar do investigado e existe permissão legal para a formalização do negócio.

4.5 APRECIÇÃO JUDICIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo para ter validade jurídica e obter força executiva necessita de celebração por escrito e assinaturas do representante do MP, do investigado e de seu advogado. Após essas formalidades, encaminha-se o negócio para o juiz competente que analisará a presença de todos os requisitos indispensáveis e se as condições estabelecidas são adequadas e suficientes para a reprovação e prevenção do crime. Para homologar o acordo o juiz designará audiência, na qual procederá com a oitiva do investigado na presença de seu defensor, a fim de averiguar a voluntariedade da celebração e a sua legalidade,

consoante art. 28-A, § 4º, do CPP (MARCÃO, 2020). Embora a lei não mencione o MP na audiência, para Marcão, e parece ser um ponto unânime na doutrina, entende-se que sua presença também é necessária.

Avena (2020) ensina que o juiz responsável examinará sobretudo a satisfação dos requisitos necessários, preceituados no *caput* do art. 28-A, e a não incidência de nenhuma hipótese de impedimento, ressalvados os aspectos atinentes à necessidade e suficiência do pacto, pois se trata de atribuição do MP. Na visão do autor, incabível a análise do mérito da avença, isto é, do enquadramento penal da conduta, por exemplo, e também do conteúdo do acordo, a exceção da análise quanto à conveniência das condições estabelecidas.

Após a audiência há dois caminhos que podem ser seguidos, é dizer, pode o juiz recusar ou homologar o acordo. O togado pode recusar a homologação por compreender que as condições pactuadas são inadequadas, insuficientes ou abusivas, situação em que devolverá os autos ao MP para reformulação da proposta, que deve ser consentida pelo investigado e seu defensor, consoante § 5º, do art. 28-A, do CPP. Ainda, de acordo com o § 7º do dispositivo, o magistrado pode deixar de homologar a negociação por considerá-la ilegal em razão do não atendimento aos requisitos legais ou quando não procedida a adequação do parágrafo quinto. Nessa circunstância, nos termos do art. 28-A, § 8º, devolverá os autos ao MP para as providências oportunas, isto é, desenvolvimento das investigações ou oferecimento de denúncia. A outra situação possível é a homologação do acordo, quando o juiz, conforme § 6º, restituirá os autos ao Ministério Público que deverá iniciar a sua execução perante o juízo da execução penal (AVENA, 2020). Convém acentuar que recusada a homologação, é possível a sua impugnação através de recurso em sentido estrito pelo Ministério Público (NUCCI, 2020).

Com a homologação, tem-se os seguintes efeitos: a) cumprimento da condição de eficácia do acordo, sendo possível ser iniciado o cumprimento, o que inviabiliza o oferecimento de denúncia e vincula o investigado à satisfação das condições; b) suspende o curso do prazo de prescrição em relação aos fatos objeto do negócio, em harmonia com o art. 116, IV, do CP; c) define-se o termo para contagem do prazo de cinco anos em que o investigado não poderá se valer do acordo; e d) intimação da vítima acerca da homologação, de acordo com o art. 28-A, § 9º, CPP (CABRAL, 2020).

Cabral (2020), assim como Avena (2020), entende que descabe ao Poder Judiciário a não homologação por razões diversas da legalidade, como a opinião acerca dos fatos investigados, oportunidade do acordo, conteúdo das cláusulas, por exemplo. Nesse

sentido, compete ao juiz verificar o preenchimento dos requisitos legais de existência e validade da avença. A avaliação referente a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime é de incumbência privativa do *Parquet*, porquanto tal decisão se insere em um juízo de oportunidade e conveniência pertencente ao titular da ação penal, sendo inadmissível que o juiz substitua a deliberação do órgão ministerial. O que se faculta ao magistrado, em casos excepcionais de manifesta ausência de necessidade e suficiência, é a remessa dos autos à instância de revisão do MP, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP.

Ademais, para Cabral (2020), quanto ao conteúdo do acordo, o juiz não deve interferir na redação das cláusulas formuladas, pois é atribuição exclusiva das partes. Em verdade, o encargo do Poder Judiciário é observar a legalidade das cláusulas, sendo indevido um juízo de conveniência. Constatando ilegalidade, nessa hipótese é inviável a não homologação de plano, devendo solicitar ao MP a readequação necessária. Bizzotto e Silva (2020) esclarecem que o papel do juiz diante do acordo de não persecução penal é de protetor dos direitos fundamentais, cuidando para que o negócio seja celebrado de acordo com os limites legais e observando os valores e princípios constitucionais, notadamente os relacionados com a preservação dos direitos individuais. Nessa toada, em sentido oposto de Avena (2020) e Cabral (2020), explicam que incumbe ao juiz a análise da constitucionalidade e legalidade da proposta formulada pelo MP, averiguando-se a descrição fática e a definição do tipo penal, além da admissão de culpa circunstanciada em relação com as provas angariadas com as investigações. Os autores registram que a filtragem judicial reclama ilegalidades e inconstitucionalidades manifestas, sendo inoportuna a intervenção na presença de dúvidas plausíveis.

Ademais, compreendem Bizzoto e Silva (2020) que cabe ao Poder Judiciário o exame e controle dos seguintes aspectos do acordo: a) das condições de exercício de postulação do acordo, como justa causa e legitimidade de parte, por exemplo; b) o controle dos pressupostos formais e das condições formuladas extrajudicialmente; c) se as obrigações são adequadas, suficientes; d) se as condições são moderadas ou abusivas; e e) o controle da voluntariedade informada na adesão do acordo.

4.6 CUMPRIMENTO E DESCUMPRIMENTO DO ACORDO

Em conformidade com o previsto no art. 28-A, § 13º, do CPP, cumprida completamente a avença, o juízo competente deverá decretar a extinção da punibilidade.

Em que pese o acordo seja executado perante o juízo da execução penal, âmbito no qual o investigado deve comprovar a satisfação das condições pactuadas, a decretação da extinção da punibilidade é incumbência do juízo que homologou o acordo. (AVENA, 2020).

Bizzotto e Silva (2020) esclarecem que no caso de descumprimento das condições, deve-se consagrar o contraditório, oportunizando a apresentação de justificação pelo investigado. Admissível a justificativa, a execução da negociação continua, ao passo que inexistindo motivação razoável, a requerimento do MP, o juízo deve rescindir o acordo. Na hipótese em que o investigado não é encontrado, o juiz, após ouvir o MP e a defesa técnica, decidirá sobre a questão. De forma sintetizada, segundo Cabral (2020) as consequências processuais do descumprimento das condições, são: a) abre a possibilidade do MP oferecer denúncia; b) o MP poderá se valer do não cumprimento para deixar de propor a suspensão condicional do processo, consoante art. 28-A, § 11º; e c) utilização da confissão circunstanciada como elemento para corroboração de provas.

Sem embargo de a lei não prever o recuso cabível para as decisões proferidas no âmbito da execução do acordo, Cabral (2020), assim como Bizzotto e Silva (2020), compreendem ser apropriado o agravo em execução penal, porquanto o CPP atribuiu a competência para fiscalização do cumprimento do acordo ao juízo da execução.

4.7 DIREITO SUBJETIVO DO INVESTIGADO OU ATO DISCRICIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO?

Objetivando esclarecer se o ANPP é um direito subjetivo do investigado, Souza e Dower (2020) assinalam que se deve levar em consideração as discussões e os critérios relativos à transação penal para estabelecer um norte para o acordo de não persecução penal. Nesse sentido, é preciso observar que, a despeito da divergência jurisprudencial envolvendo o tema, o STJ e o STF pacificaram entendimento no sentido de ser defeso ao juiz conceder de ofício ou a requerimento do autor do fato a suspensão condicional do processo ou a transação penal diante de desacordo do Ministério Público. Nessa hipótese, é dizer, de desentendimento entre o magistrado e o MP, aplica-se, por analogia, o art. 28 do CPP, remetendo-se os autos para o Procurador-Geral, nos termos do enunciado da Súmula n. 696 do STF.

Para Souza e Dower (2020) esse entendimento deve ser utilizado para o acordo de não persecução penal, pois assim como nos institutos da Lei n. 9.099/95, exige-se

convergência de vontades e participação ativa das partes. Nesse sentido, a titularidade da ação penal impossibilita que o juiz substitua a atuação do órgão ministerial, sob pena de ofensa ao modelo acusatório adotado pelo processo penal. Tendo em conta que o sistema brasileiro tem incorporado cada vez mais a mitigação da obrigatoriedade da ação penal, medida correta e indispensável, não se pode cogitar a imposição ao MP de ser obrigatório o oferecimento do acordo, que deve ser aplicado quando necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Na mesma linha de Souza e Dower (2020), Cabral (2020) aponta que o acordo é um negócio jurídico que tem como núcleo fundamental a harmonia de vontades e voluntariedade na celebração do ajuste. Apesar de existir certa discricionariedade, considerando que o investigado tem o direito a uma resposta isonômica e adequada, nos casos em que estiverem preenchidos os pressupostos e as condições para o acordo, a recusa na celebração deverá ser devidamente fundamentada. Vale destacar que o entendimento do STJ sobre a suspensão condicional do processo e a transação penal é nesse sentido, ou seja, de que se trata de poder-dever do MP, que deve analisar a possibilidade de aplicação de forma fundamentada. Por outro lado, Bizzotto e Silva (2020) expressam o acordo de não persecução penal consiste em direito subjetivo do investigado, pois se trata de solução benéfica e, portanto, satisfeitas as condições necessárias, não pode o Ministério Público se recusar a oferecer o instituto. Na hipótese de não oferecimento mesmo diante do cumprimento dos requisitos, pode o investigado acionar o Poder Judiciário através de Mandado de Segurança.

Em harmonia com esse pensamento, Lopes Junior (2020), assevera que em razão de consistir em um direito subjetivo do investigado, satisfeitas as condições legais, pode o imputado buscar seu direito aos benefícios do acordo através de requerimento ao juiz. A função do magistrado nessa hipótese é de protetor das garantias e direitos do réu e não de juiz-ator, característica que não se amolda ao sistema acusatório.

Bizzotto e Silva (2020) defendem, ainda, que se o MP não propuser o acordo, em virtude da inviabilidade de invasão de competências, cabe ao Poder Judiciário rejeitar a denúncia oferecida, sustentando, para tanto, a ausência de condição de procedibilidade. Essa postura tem como escopo a garantia contra abuso de direito, pois não se pode compelir o indivíduo a prejuízo maior se for possível uma saída menos rigorosa. Na perspectiva de Barros e Romaniuc (2020), analisando sob o prisma constitucional, o acordo de não persecução penal é um direito fundamental, uma vez que se relaciona diretamente com a garantia do *status libertatis* do autor da infração penal. Nessa toada,

não possibilitar a aplicação do instrumento seria o mesmo que recusar proteger garantias fundamentais, a exemplo da segurança jurídica, do devido processo legal e razoável duração do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por acordo de não persecução penal compreende-se, em abreviada síntese, a negociação, contanto que presentes condições e requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado, que deve estar acompanhado de seu defensor, por intermédio da qual são formuladas obrigações cuja satisfação implica na impossibilidade de ajuizamento da ação penal e a extinção da punibilidade.

Quanto ao recente mecanismo inserido no ordenamento jurídico penal brasileiro, o estudo elaborado buscou apresentar todos os seus aspectos, isto é, o contexto de surgimento, o conceito, condições, impedimentos, o que pode ser objeto do acordo, apreciação judicial, cumprimento e descumprimento da avença. Em que pese a existência de circunstâncias que merecem debate e pacificação na doutrina e jurisprudência, constata-se que o acordo tem potencial para ser um instrumento benéfico, podendo servir para dar mais eficiência celeridade ao sistema criminal brasileiro, diminuindo, assim, o excesso de trabalho e possibilitando, por consequência, uma persecução penal e uma prestação jurisdicional mais adequadas.

Impende sublinhar que não se trata de um modelo sem restrições como o *plea bargaining* norte-americano. Na verdade, a lei estabeleceu categoricamente os limites de aplicação e possibilitou o exercício de jurisdição com todas as garantias fundamentais e processuais, tendo em vista que a formalização do acordo somente se concretiza por escolha do investigado, não existindo qualquer espaço para coação.

Em comparação com o modelo norte-americano, considerado por alguns autores ser o responsável por tornar Estados Unidos um dos países com maior número de presos, o acordo do Brasil se diferencia fundamentalmente, porquanto aplicável somente para infrações penais de gravidade baixa ou média, vale dizer, que não admitem pena privativa de liberdade. Outrossim, de se reconhecer que é um meio capaz de ajudar na redução da cifra oculta relacionada aos crimes mais graves, pois o Ministério Público poderá optar por prioridades a serem submetidas a um processo penal com instrução e julgamento perante o Poder Judiciário, enquanto para as infrações de pequena e média gravidade será

cabível a solução através da celebração de acordos, economizando-se, assim, tempo e recursos públicos. Para a vítima, a existência de um modelo de acordo representa maior probabilidade de reparação do prejuízo causado pela conduta criminosa. Sob a perspectiva do acusado, constata-se que o instituto igualmente é conveniente, pois, a despeito da relativização de premissas como o princípio da obrigatoriedade e o da indisponibilidade da ação penal, o acordo pode promover uma redução da sanção penal imposta, além de afastar a experiência traumática de carregar uma acusação criminal por tempo demasiado.

Frente a todo o exposto, conclui-se que o instrumento objeto do estudo modifica substancialmente a persecução penal no Brasil e, embora necessite de atenção doutrinária e notadamente jurisprudencial para pacificar alguns pontos, é uma opção oportuna para o sistema de justiça criminal brasileiro. Convém assinalar, por fim, que o presente estudo deste artigo não esgotou as matérias referentes ao acordo de não persecução penal, existindo temas interessantes e importantes a serem abordados, a exemplo do cabimento do instituto para os processos em andamento que já finalizaram a fase investigatória, ponto que inclusive gerou entendimentos distintos entre as Turmas do STJ.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/cfi/6/10!/4/12/4@0:100>.
- BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). *Acordo de não persecução penal*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 191- 234.
- BIZZOTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=8fL3DwAAQBAJ&hl=pt&pg=GBS.PP1>
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 nov. 2020.
- BRASIL, *Decreto-Lei n.º. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 8 nov. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988012/cfi/6/10!/4/26@0:18.8>.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619047/cfi/3!/4/4@0:00:7.46>.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553605446/cfi/4!/4/4@0:00:0.00>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989989/cfi/6/10!/4/24/2@0:0>

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/cfi/6/10!/4/18@0:72.2>.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. Legalidade do acordo de não persecução penal: opção legítima de política criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). *Acordo de não persecução penal*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 133- 142.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). *Acordo de não persecução penal*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 143- 189.

Submetido em 20 de outubro de 2021.

Aprovado para publicação em 31 de dezembro de 2023.

