

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO CONSTITUCIONAL

MARIA LETÍCIA NASCIMENTO GONTIJO

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DA
JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL – ANÁLISE DOS MECANISMOS DE CONTROLE À
VONTADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

BRASÍLIA

2021

MARIA LETÍCIA NASCIMENTO GONTIJO

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DA
JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL – ANÁLISE DOS MECANISMOS DE CONTROLE À
VONTADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do professor Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos, apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2021

MARIA LETÍCIA NASCIMENTO GONTIJO

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DA
JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL – ANÁLISE DOS MECANISMOS DE CONTROLE À
VONTADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília, 24 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof^a. Dr^a. Soraia da Rosa Mendes
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. CAPÍTULO 1 – A NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	14
1.1 Fundamentos para a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.....	14
1.2 Justiça penal negocial no Brasil – outros institutos.....	26
1.3 A natureza jurídica do acordo de não persecução penal	41
2. CAPÍTULO 2 – LIMITES DA AUTUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	65
2.1 Os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade na justiça penal negocial.....	65
2.2 A necessidade de vincular-se a atuação do Ministério Público aos critérios legais.....	72
2.3 Mecanismos de controle à vontade do Ministério Público no âmbito do acordo de não persecução penal.....	79
3. CAPÍTULO 3 – OS DIFERENTES ATORES ENVOLVIDOS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MECANISMOS DE CONTROLE	91
3.1 Normativos internos ao Ministério Público como mecanismos de controle à atuação ministerial no acordo de não persecução penal	91
3.2 Limites da atividade jurisdicional no controle da atuação do Ministério Público no acordo de não persecução penal	116
3.3 O papel da defesa enquanto mecanismo de controle à vontade do Ministério Público no acordo de não persecução penal	134
CONCLUSÕES	144
REFERÊNCIAS	149

RESUMO

O tema central da pesquisa é o acordo de não persecução penal (ANPP), mecanismo inserido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, que contempla requisitos objetivos e subjetivos, e também uma cláusula aberta para sua aplicação, quando o órgão ministerial entender “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, o que pode ensejar atuação discricionária com indevidos subjetivismos que podem violar o princípio da isonomia. A partir de revisão bibliográfica, esta dissertação pretende analisar criticamente o instituto e sua conformação com a base principiológica constitucional que orienta o processo penal brasileiro, examinando os limites e os mecanismos de controle à vontade do Ministério Público, a fim de evitar eventuais violações de princípios e direitos dos acusados. Pretende-se responder aos seguintes problemas: (i) qual a natureza jurídica do acordo de não persecução penal?; (ii) o acordo de não persecução penal é direito subjetivo do investigado?; (iii) como conformar a aplicação do mecanismo consensual aos ditames constitucionais?; (iv) quais os limites à atuação do Ministério Público na aplicação do ANPP?; (v) quais os mecanismos de controle à atuação ministerial? Em conclusão, sustenta-se que o ANPP é um negócio jurídico processual que encerra um poder-dever do Ministério Público, e não é direito subjetivo ao imputado, diante do exercício da oportunidade legalmente regulada pelo órgão de acusação. Defende-se que o imputado apenas tem direito à fundamentação da decisão ministerial pelo cabimento ou não do ANPP no caso em concreto. Pensa-se que, para diminuir os prejuízos decorrentes da relativização das garantias processuais pela aplicação do mecanismo, deve-se limitar a atuação do Ministério Público a partir de critérios legais, e viabilizar mecanismos de controle interno e externo da atuação ministerial. Assim, normativos internos ao órgão que uniformizem o procedimento de atuação devem ser estabelecidos, tendo como norte as garantias constitucionais. Para além dos mecanismos de controle interno, defende-se a atuação efetiva da defesa técnica, e profícuo controle jurisdicional das avenças como meios para controlar a atuação do órgão acusatório nos espaços de consenso demasiadamente amplos do ANPP e conformar a sua aplicação aos ditames constitucionais.

Palavras-chave: justiça criminal negocial; acordo de não persecução penal; Ministério Público; mecanismos de controle ao acordo; processo penal.

ABSTRACT

The central theme of the research is the non-criminal prosecution agreement (ANPP), a mechanism included in the Code of Criminal Procedure by Law 13.964/2019, which includes objective and subjective requirements, and also an open clause for its application, when the ministerial body understands “necessary and sufficient for the reproach and prevention of crime”, which can give rise to discretionary action with undue subjectivism that may violate the principle of isonomy. From a bibliographical review, this dissertation intends to critically analyze the institute and its conformation with the constitutional principle base that guides the Brazilian criminal process, examining the limits and control mechanisms at the will of the Public Ministry, in order to avoid possible violations of principles and rights of the accused. It is intended to answer the following problems: (i) what is the legal nature of the non-criminal prosecution agreement?; (ii) is the non-criminal prosecution agreement a subjective right of the investigated?; (iii) how to conform the application of the consensual mechanism to constitutional dictates?; (iv) what are the limits to the action of the Public Ministry in applying the ANPP?; (v) what are the control mechanisms for ministerial action? In conclusion, it is argued that the ANPP is a procedural legal transaction that entails a power-duty of the Public

Ministry, and is not a subjective right to the accused, given the exercise of the opportunity legally regulated by the prosecution body. It is argued that the accused is only entitled to justify the ministerial decision as to whether or not the ANPP is appropriate in the specific case. It is believed that, in order to reduce the damages resulting from the relativization of procedural guarantees through the application of the mechanism, the action of the Public Prosecutor's Office should be limited based on legal criteria, and make possible mechanisms for internal and external control of ministerial action. Thus, internal regulations for the body that standardize the operating procedure must be established, based on constitutional guarantees. In addition to the internal control mechanisms, the effective performance of technical defense is defended, and the fruitful jurisdictional control of covenants is defended as a means to control the action of the accusatory body in the ANPP's overly broad consensus spaces and conform its application to constitutional dictates.

Keywords: negotiated criminal justice; non-prosecution agreement; Public Ministry; control mechanisms to the agreement; criminal procedure.

INTRODUÇÃO

A justiça criminal brasileira está assoberbada com as inúmeras demandas criminais a serem solucionadas. A deficiência das estruturas de boa parte dos órgãos do poder judiciário colabora para a morosidade característica do sistema, assim como a flagrante imposição desmedida de penas privativas de liberdade, que avolumam a já enorme população carcerária¹, tão carente de todos os direitos humanos² de que se possa imaginar. Uma das razões é, sem dúvidas, a expansão do direito penal, com múltiplos tipos penais e endurecimento de penas inseridos na legislação ordinária com frequência pelo poder legislativo, a fim de suprir os anseios sociais pelo fim da impunidade³, com a maior celeridade e instantaneidade possíveis, insuflados pela exploração midiática de muitos casos⁴.

É nesse contexto de expansão da justiça negocial na seara criminal, a fim de encontrar caminhos para abreviar a concretização do poder punitivo estatal, em nome da economicidade e maior eficiência da justiça penal, que o presente estudo pretende explorar o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), novo instrumento processual inserido no CPP a partir do “Pacote Anticrime” – Lei nº. 13.964/2019.

O mecanismo surgiu inicialmente em resoluções editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público nos anos de 2017 e 2018 (Resoluções 181/2017 e 183/2018), quando suscitou polêmicas sobretudo quanto a constitucionalidade da norma, que tem caráter nitidamente processual penal, cuja competência privativa para inovações legislativas é, sabidamente, da União. A norma recém inserida no ordenamento jurídico brasileiro não sanou todas as dúvidas e incertezas que circundam o instituto, razão pela qual o estudo aprofundado de suas origens, de sua natureza jurídica, bem como dos elementos que lhe são inerentes, são essenciais para maior compreensão.

¹ INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Dezembro/2019. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>, acesso em 11.06.2020.

² O estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2015, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, ocasionado por violações generalizadas de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

³ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017, p. 258.

⁴ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 210-211.

Ante o alargado rol de tipos penais que podem ser passíveis de solução via acordo de não persecução penal, conforme previsão legal do *caput* do artigo 28-A⁵, do Código de Processo Penal, há marcante tendência de que o acordo seja eleito como um dos principais – senão o principal – instrumento para a resolução de conflitos penais pelo Ministério Público. Nesse sentido, o acordo de não persecução penal é tema da “Orientação Conjunta nº. 03/2018”, na qual as 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal expressamente orientam os membros do Ministério Público Federal à realização do ANPP com o acusado sempre que não seja hipótese de arquivamento do feito, observados os critérios legais:

“CONSIDERANDO os objetivos do Ministério Público Federal de proporcionar uma atuação institucional estratégica, efetiva, célere, transparente, sustentável e de combater a criminalidade e a corrupção; [...]

As 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal ORIENTAM os membros do Ministério Público Federal, respeitada a independência funcional, a observar, na realização de acordos de não persecução penal, o que segue: 1. Verificando não ser o caso de arquivamento do inquérito policial (IPL), da notícia de fato (NF) ou do procedimento investigatório criminal (PIC), o membro oficiante determinará que os autos sejam instruídos com os antecedentes criminais do investigado a fim de examinar a possibilidade de proposição de acordo de não persecução penal.”⁶

Tal expansão da solução dos conflitos penais mediante instrumentos mais céleres pode implicar em limitações aos princípios constitucionais que asseguram direitos fundamentais dos acusados em processo penal⁷, vez que o procedimento abreviado dos mecanismos negociais impõe ao acusado a renúncia à tradicional posição de resistência levada a efeito no curso do processo penal e em todas as fases a ele inerentes. O devido processo legal passa a ser empecilho⁸ para a solução célere das ações penais que se acumulam nas varas criminais do país, em razão também da carência de melhor estrutura dos próprios órgãos envolvidos na persecução penal estatal para adequar-se à demanda⁹. Murilo Aires e Fernando Fernandes acrescentam que,

⁵ CPP – Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, 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 ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁶ MPF - Orientação Conjunta nº. 03/2018 Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 11.06.2020.

⁷ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 257.

⁸ Nesse sentido ver VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 71-85.

⁹ SUXBERGER, Antonio H.G.; LIMA, José W.F. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, p. 286-303, 2017, p. 288.

por vezes, a obstaculização do direito de defesa se revela inerente aos mecanismos consensuais¹⁰.

É precisamente pela tendência de sua larga utilização que o estudo em questão se justifica, tendo como ponto de partida a definição de sua natureza jurídica, a fim de compreender melhor os demais elementos que integram a gênese do próprio acordo, desde os princípios que autorizam a decisão de que o Ministério Público deixe de oferecer acusação formal em determinados casos que contemplem os requisitos objetivamente previstos pelo artigo 28-A, e em que se compreenda ser o acordo “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, até a compreensão da necessidade de existência de mecanismos que controlem o exercício da oportunidade no ANPP, a fim de evitar eventuais violações, levando-se em consideração a finalidade precípua do processo penal: tutelar direitos e garantias e assegurar um julgamento justo ao acusado.

A tendência de expansão dos espaços de consenso para o enfrentamento dos conflitos penais tem se consolidado cada vez mais no processo penal sob o panorama internacional e, de modo semelhante, também no Brasil. Com marcante influência de institutos estrangeiros, há franca inserção e ampliação de mecanismos negociais na justiça penal brasileira, não raro sob o argumento de que os tribunais pátrios estão abarrotados de ações penais que caminham para a inevitável prescrição, apresentando-se a justiça criminal negocial como solução para a alegada impunidade que assola o país.

Pensa-se, todavia, que a justiça criminal negocial deve ser inserida não para meramente “desafogar” o sistema de justiça criminal, mas sim como política criminal, em que o Estado possa deixar de processar penalmente determinadas condutas como forma de (i) evitar a estigmatização do processo penal para casos em que a resposta via acordo se mostre eficiente às exigências sociais de prevenção, repressão e ressocialização¹¹; (ii) reduzir o enorme acervo de processos para abrir caminhos a que a Justiça Criminal se debruce sobre casos complexos, como os crimes praticados por organizações criminosas e crimes violentos, cuja punição implicará em penas restritivas de liberdade; (iii) reduzir os recursos financeiros dispendidos pelo Poder Público em um processo criminal que poderia ser resolvido de modo alternativo e menos oneroso tanto para os cofres públicos, quanto para o acusado, que padece de prejuízos

¹⁰ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 272-273.

¹¹ CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 4, n. 7, p. 23-41, dez. 2019, p. 31.

sociais decorrentes do estigma do processo penal; e (iv) possibilitar de modo mais breve a reparação do dano, e a valorização do papel da vítima¹².

No país em que o combate à corrupção e à criminalidade organizada se tornou a principal bandeira política, a morosidade judicial generalizada se mostra inimiga da concretização eficaz do poder punitivo estatal, surgindo diversas propostas de transformação do processo penal. A simplificação procedimental – que implica em inevitável relativização das garantias processuais – é o principal objetivo para encurtar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, abrindo espaço para a introdução da justiça negocial¹³.

A escalada da justiça negocial torna cristalino que o colapso do sistema criminal¹⁴ apenas é evitável – ou poderá ter seus danos minorados – com a colaboração do acusado, que renuncia a sua tradicional posição de resistência à tese acusatória, seja para assumir sua própria culpabilidade, seja para incriminar terceiros. E com a atitude colaborativa do acusado, o titular da persecução penal liberta-se paulatinamente do dever inexorável de provar todos os fatos imputados, o que traz celeridade e eficiência à justiça criminal e, como consequência, obtém-se recursos humanos e financeiros para ocupar-se de casos que não possam ser resolvidos pela via alternativa de acordos.

Se os benefícios da inserção de mecanismos negociais na esfera criminal são muitos, os riscos são proporcionais, e devem ser pensados mecanismos capazes de evitar eventuais violações de direitos. Não é demais ressaltar que as garantias constitucionais têm por finalidade precípua, justamente, coibir qualquer intento violento do poder punitivo que desborde daquele proposto pela Constituição da República de 1988 e, como visto, na justiça negocial, o devido processo legal passa a ser verdadeiro empecilho à realização eficaz do poder punitivo estatal.

¹² Nesse sentido, dentre outros: ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 286; BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. São Paulo: JH Mizuno, 2019, p. 35-36; BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 125; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 85; MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 53; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. pp. 111-133. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.129.

¹³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. Ed., – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2018. p. 23.

¹⁴ “Nesse aspecto, embora seja legítimo admitir que, nas últimas décadas, o Poder Judiciário melhorou, substancialmente, seu desempenho, especialmente em razão do emprego de novas tecnologias, que favorecem em larga margem o desempenho da atividade judicante e cartorária, há, paralelamente a isso, uma onda crescente de judicialização das demandas, o que gerou um fluxo contínuo de elevação do número de processos” (SUXBERGER, Antonio H.G.; LIMA, José W.F. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. cit., p. 285).

É sabido que a Carta Magna trouxe fundado arcabouço principiológico que estrutura o modelo constitucional de processo penal brasileiro, mormente as garantias e direitos processuais assegurados especialmente aos acusados em processo penal. Referidas garantias constitucionais fortalecem-se mutuamente no processo penal quando em atuação coordenada e integrada, embora tenham evidente espaço de atuação autônomo¹⁵.

Nada obstante as críticas constantes – para Bernd Schünemann, mecanismos negociais significam verdadeira crise do processo penal, como um “golpe mortal ao Estado de Direito liberal”¹⁶ –, a tendência internacional de expansão dos espaços de consenso é irreversível. No processo penal brasileiro, não poderia ser diferente. Dentre as diversas propostas de alternativas para a transformação da justiça criminal, o acordo de não persecução penal, objeto da presente dissertação de mestrado, se mostra a mais recente alternativa da justiça negocial para a aceleração das soluções das tantas demandas criminais em aberto no Brasil.

A inquietação que justifica a pesquisa se intensifica sobretudo quanto a potencial amplitude de adoção de mecanismos negociais entre acusação e defesa para o processo penal brasileiro, o que pode colocar em risco as garantias constitucionais¹⁷. Entende-se que a economia e celeridade processual não podem se sobrepor a direitos fundamentais que orientam todo o processo penal brasileiro, principalmente porque a morosidade judicial é decorrente de problemas intrínsecos ao próprio funcionamento do Poder Judiciário. Há que se encontrar caminhos para que a justiça negocial se estabeleça como modelo pautado pelo processo penal democrático.

¹⁵ A esse respeito, compete destacar a lição de Gustavo Badaró: “As garantias constitucionais do processo penal representam, assim, o modelo processual penal que, no plano político, nada mais é do que um espelho dos valores sociais vigentes numa determinada sociedade, em um dado período histórico. A disciplina concreta dos institutos processuais, mais do que decorrência de simples escolhas técnicas é, em verdade, fruto de uma opção politicamente orientada. A disciplina dos elementos e requisitos de um ato processual, dos sujeitos legitimados a requerê-lo, da forma com que deve ser praticado é, em verdade, escolha de valor.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 23.)

¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p. 175-197, 2004. p. 188.

¹⁷ Em metáfora esclarecedora, Schünemann faz duras críticas às tendências de mercantilização do processo penal: “Ao que parece, a única explicação está em uma recente tendência do direito como um todo, a qual se manifesta no acordo e que terá de ser explicitada analiticamente. Testarei aqui essa hipótese, descrevendo, por meio da metáfora do “templo”, essa evolução de um direito que, em sua origem, tinha um fundamento religioso, e que se transforma em um direito fundado em uma mera negociação, o que expresse através da metáfora do “mercado”. Suspeito que o acordo represente a expansão desse novo modelo de direito ao último ramo do direito que, por assim dizer, ainda se encontra quase no templo, qual seja, o direito penal.” (SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança, e soberania em cooperação. In SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 309)

São muitas as reflexões devidas sobre o novel instituto e todas as fases a ele inerentes, sobretudo quanto ao impacto de sua potencial e iminente larga utilização na justiça criminal²² sob o aspecto dos potenciais riscos às garantias constitucionais que orientam todo o processo penal democrático, com flagrante supervalorização da eficiência e eficácia na concretização do poder punitivo estatal, nada obstante constitua importante alternativa ao cárcere. Dada a demasiada amplitude dos critérios de sua aplicação, a tendência é que os acordos de não persecução penal sejam a principal alternativa para reduzir o enorme acúmulo de processos nas serventias das varas criminais Brasil afora.

Com efeito, tendo como norte a base constitucional do processo penal brasileiro, os questionamentos que se pretende responder através do presente estudo são: (i) qual a natureza jurídica do acordo de não persecução penal?; (ii) o acordo de não persecução penal é direito subjetivo do investigado?; (iii) como conformar a aplicação do mecanismo consensual aos ditames constitucionais?; (iv) quais os limites à atuação do Ministério Público na aplicação do ANPP?; (v) quais os mecanismos de controle à atuação ministerial?

O ponto de partida para o presente estudo será, portanto, a definição natureza jurídica do acordo de não persecução penal, a fim de compreender o contexto de sua inserção na legislação e os critérios de sua aplicação na justiça criminal brasileira. Muito se discute na doutrina se a propositura do acordo poderia ocorrer de modo discricionário pelo Ministério Público, no limite do exercício de sua atuação pautada pelo princípio da oportunidade, sobretudo pela redação aberta da lei, que dispõe no *caput* do artigo 28-A do diploma processual penal que “*o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”.

Há riscos nesse posicionamento, visto que o membro do Ministério Público pode dispor de seu poder de discricionariedade para não oferecer acusação formal em favor de determinadas pessoas e em detrimento de outros de modo descolado dos critérios legais, cabendo aqui a reflexão também sobre eventuais ingerências a fim de pressionar para que os investigados aceitem o acordo, e os riscos do conseqüente excesso de acusação e pressões descabidas àqueles que decidem enfrentar o processo penal tradicional e rejeitem o acordo. Também é motivo de preocupação o fato de que a admissibilidade da denúncia feita pelo juízo criminal não raro

²² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal* – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). cit., p. 7-8.

confere apenas uma *chancela* para o prosseguimento da ação²³, esvaziando-se o sentido da regra do art. 396, do CPP, o que abre margem para abusos e excessos.

Há também quem defenda tratar-se de direito subjetivo do acusado, uma vez preenchidos os requisitos previstos na lei recém implementada, os benefícios do ANPP devem ser oferecidos. Nesta toada, preenchidos os requisitos, caso haja recusa do Ministério Público, o Poder Judiciário poderia concedê-lo, ainda que a revelia do órgão acusatório²⁴. Ao ser compreendido como direito subjetivo a ser concedido de ofício pelo juiz, o problema inicial é a violação ao sistema acusatório, por confusão entre os papéis desempenhados pelo Ministério Público, titular da ação penal, e pelo Poder Judiciário.

A hipótese inicialmente levantada recai em posição intermediária: o ANPP é *negócio jurídico processual*²⁵, que constitui um *poder-dever* do órgão ministerial. É, sim, um exercício *regulado* por lei do princípio da oportunidade, de modo que devem ser observados os requisitos legais, com a respectiva fundamentação tanto para os casos em que seja devido o oferecimento do ANPP, quanto para os casos em que o órgão entenda pelo seu não cabimento, em observância ao dever de transparência e para possibilitar o exercício da ampla defesa, a fim de permitir que a defesa conheça as razões de decidir do Ministério Público e com elas concorde ou discorde mediante os recursos cabíveis.

A partir da definição da natureza jurídica do mecanismo, a questão a ser examinada é, então, se devem ser estabelecidos limites de atuação do Ministério Público no acordo de não persecução penal. Nesse ponto, a hipótese é no sentido de que devem ser estabelecidas balizas claras para o controle da atuação ministerial no âmbito do ANPP, baseado tanto nas normas legais, quanto em normativos internos ao órgão acusador, para além de aplicação analógica de entendimentos jurisprudenciais já pacificadas por ocasião da análise dos mecanismos consensuais advindos da Lei nº. 9.099/95, sempre sob a ótica das garantias e direitos fundamentais do acusado, a fim de encontrar caminhos para o equilíbrio entre os interesses utilitaristas para a inserção deste importante mecanismo negocial e os ditames do processo penal constitucional

No Capítulo 1, serão analisados, então, os caminhos percorridos até a inserção do acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro, a fim de desvelar a sua natureza jurídica,

²³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 297.

²⁴ RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020, p. 1563-1564.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 187.

cuja conclusão implicará em consequências para os debates subsequentes levados a efeito na pesquisa.

Após o primeiro capítulo destinado à discussão atinente à natureza jurídica do acordo de não persecução penal, no segundo capítulo serão abordadas com maior profundidade os limites de atuação do Ministério Público no ANPP, tendo como ponto de partida os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade no âmbito da justiça negocial, bem como serão abordadas as razões de atrelar-se a atuação ministerial aos critérios legais, e pretendemos apresentar também possíveis mecanismos de controle interno dessa atuação.

No terceiro e último capítulo, atinente aos mecanismos de controle da atuação do Ministério Público no acordo de não persecução penal, serão exploradas as possibilidades tanto de controle interno, quanto de controle externo da atuação ministerial, através da atuação jurisdicional e da postura da defesa técnica.

Ao final, em conclusão, após o estudo do arcabouço teórico desenvolvido ao longo do trabalho, a discussão será retomada, com a apresentação de possíveis soluções para o controle da atuação ministerial no âmbito do novel instituto, a fim de conformar os direitos e garantias constitucionais que orientam o processo penal democrático e a sua tendência de consolidar-se como o mais proeminente instrumento de resolução dos inúmeros conflitos penais que congestionam todo o sistema de justiça criminal no Brasil.

Portanto, a partir de levantamento bibliográfico a respeito das tendências de expansão dos espaços de consenso na justiça penal, sobretudo sobre o acordo de não persecução penal e outros instrumentos da justiça penal negociada, será realizada análise do acordo de não persecução penal como tendência incontornável de expansão da justiça negocial no processo penal brasileiro, a fim de examinar os limites e os mecanismos de controle de atuação do Ministério Público nos acordos entre acusação e defesa para o encerramento abreviado do processo penal mediante a imposição antecipada de uma sanção penal em relação ao processo penal vigente em um Estado Democrático de Direito.

1. CAPÍTULO 1 – A NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Antes de proceder à análise conceitual da natureza jurídica do instituto, faz-se imprescindível o estudo dos fundamentos que justificam a sua adoção, mormente considerando o processo penal brasileiro, orientado por direitos fundamentais constitucionalmente assegurados cuja intenção primordial é limitar o arbítrio estatal na persecução penal²⁶. Em seguida, serão abordados institutos que já configuram espaços de consenso na justiça penal brasileira, notadamente os sistemas inseridos pela Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) – transação penal e suspensão condicional do processo –, bem como o acordo de colaboração premiada, e o acordo de leniência, a fim de apresentar seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, e os pontos de contato e consequentes implicações para o acordo de não persecução penal.

Assim, ao final deste capítulo, adotando-se postura crítica com o objetivo de problematizar o estudo do tema principal deste trabalho, serão explorados os posicionamentos doutrinários divergentes quanto à natureza jurídica do acordo de não persecução penal, apresentando-se seu conceito, requisitos e limitações. De tal modo, restará estruturado embasamento teórico apto a fundamentar as demais problematizações a serem examinadas posteriormente.

1.1. Fundamentos para a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro

A adoção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro tem correlações intrínsecas com questões de fundo do Direito Processual Penal. Sendo tal instituto verdadeira guinada no modelo brasileiro de justiça penal, concretiza mais um instrumento da justiça negociada no sistema de justiça criminal o que traz implicações para os princípios que orientam o processo penal constitucional democrático.

Utilizaremos o conceito de Vinícius Vasconcellos²⁷ para justiça criminal negocial, estabelecido como o modelo que se pauta pela aceitação de ambas as partes a um acordo em

²⁶ “E, sendo assim, pode-se concluir que o escopo do processo penal é determinar se, ao autor do ato em exame desde a investigação preliminar, fruto de uma notícia de crime, deve ser aplicada uma pena.” NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 140; LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 206.

²⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 50.

que há o afastamento do acusado de sua tradicional posição de resistência, com o encerramento antecipado ou com a abreviação do processo, com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção com algum percentual de redução, caracterizando benefício ao imputado pela renúncia ao tradicional transcurso do processo penal.

Antes de mais nada, é preciso destacar que a opção legislativa pela adoção de mecanismos de justiça criminal consensual é também uma forma de legítimo exercício de política criminal – tradicionalmente definida como “programa que estabelece as condutas que devem ser consideradas crimes e as políticas públicas para repressão e prevenção da criminalidade e controle de suas consequências.”²⁸. Em importante lição, Juarez Cirino dos Santos, há muito, definiu que as normas incriminadoras, enquanto fontes do direito penal material, constituem o principal cerne da discussão de política criminal²⁹.

Todavia, a política criminal deve ser compreendida sob o ponto de vista macroscópico, como defende Gabriel Divan: “suas fronteiras englobam não apenas o conjunto legislativo, prático e teórico que responde por *sistema jurídico-penal*, mas também toda e qualquer ação oficializada do estado que vise (em maior ou menor grau) a *gestão* de relações, interesses e conflitos sociais que possuem ligação direta ou mediata prevista com uma relevância *penal*”³⁰. Isto é, à política criminal estatal, compete a missão de “ordenar os rumos do sistema punitivo estatal”³¹, sempre pautada pelo seu principal eixo de orientação – os direitos fundamentais e as correspondentes garantias advindas da ordem constitucional³².

Com efeito, há que se considerar que o pensamento funcionalista já se expandiu ao direito processual penal, de modo que, atualmente, há uma “real utilização do processo penal como instrumento de política criminal”³³ – o que não significa que o processo penal signifique mero aparato a cancelar o poder punitivo estatal³⁴ –, implicando em verdadeira reconstrução

²⁸ DIETER, Maurício Stegmann. *Política Criminal Atuarial - A Criminologia do fim da história*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, p. 3.

²⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos*. Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, jul./dez., 2002, p. 53.

³⁰ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 430.

³¹ SUXBERGER, Antonio H.G.; LIMA, José W.F. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. cit., p. 289.

³² Idem, p. 289.

³³ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 256-257.

³⁴ DIVAN, Gabriel Antinolfi. Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, p. 417-428, jan./abr. 2017., p. 419.

do processo penal, para fins de obter-se maior funcionalidade e eficiência processual, sem desvincular-se das garantias fundamentais que o legitimam³⁵.

Nessa esteira, não se pode admitir um automatismo³⁶ do promotor de Justiça ou o procurador da República, que não podem atuar como meros robôs, mediante aplicação cega das regras de persecução criminal pretensamente obrigatória, desprovidos de juízo crítico, como se o processo penal fosse suficiente em si mesmo.

No caso do ANPP, trata-se de modalidade de política criminal despenalizadora que incide sobre a punibilidade do agente, afastando-se a aplicação e consequências de uma sanção criminal – desde já, verifica-se a natureza jurídica mista da norma que inseriu o instituto capaz de extinguir a punibilidade do agente e, portanto, caracteriza-se como norma processual e norma penal³⁷.

A esse respeito, Figueiredo Dias define que a política criminal exerce a função de servir como padrão crítico tanto do direito constituído, quanto dos seus limites e de sua legitimação:

Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra angular e todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização.³⁸

Em obra sobre os princípios da legalidade, oportunidade e o consenso no processo penal, Nereu Giacomolli complementa:

O legislador, dentro de sua política criminal, tipifica determinados fatos como criminais – delitos ou contravenções – e estabelece a penalidade *in abstracto*, ordenando-os valorativamente. Também, o legislador informa quais são as justificativas ou excludentes criminais. Não deixa de ser uma manifestação genérica de discricionariedade estatal no campo do direito material.⁴⁰

O acordo de não persecução penal, enquanto instrumento de justiça negocial, está inserido em um contexto mais amplo de discussões sobre a obrigatoriedade da ação penal em contraponto com o exercício da oportunidade através do poder de discricionariedade do Ministério Público, no tocante à definição dos casos que serão objeto do acordo, dispensando-se a deflagração da ação penal, e aqueles que serão submetidos à acusação em juízo, até

³⁵ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 257.

³⁶ Idem, p. 260.

³⁷ Nesse sentido: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 256; BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 126.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT. 1999, p. 42.

⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. cit., p. 64.

provimento jurisdicional final. Nesse contexto, se faz necessário analisar os princípios da legalidade, da obrigatoriedade e da oportunidade, e a sua compatibilização ante a inserção do consenso no processo penal, a fim de esclarecer os espaços de atuação do instituto em análise e seus pressupostos para a inserção no ordenamento jurídico pátrio.

É ponto incontroverso que o Estado brasileiro, instituído na Constituição da República de 1988, assume para si como modelo o Estado Democrático de Direito, estabelecendo em seu texto meios para a proteção e realização das liberdades positivas do cidadão, mormente através de estruturas institucionais como o Ministério Público (artigos 127 a 129, CF) e Defensoria Pública (artigo 134, CF), instrumentalizados para a promoção dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional⁴¹.

Soma-se a isso o fato de que a ordem jurídica brasileira, sobretudo a partir do advento da Constituição Federal de 1988⁴² e, de forma expressa com a inclusão do artigo 3-A no Código de Processo Penal⁴³, consagra o sistema acusatório em âmbito processual penal, o qual tem como a sua mais marcante característica a notável distinção da atribuição a diferentes órgãos das funções de acusar e julgar.

Nos termos em que historicamente concebido, o sistema penal acusatório é, antes de mais nada, verdadeira força motriz a impulsionar consequências estruturantes para a ordem jurídica que o acolhe. Uma das consequências da opção por esse sistema está disposta no art. 129, I⁴⁴, da Constituição Federal, segundo o qual cabe ao Ministério Público, com exclusividade, a titularidade da ação penal.

A definição constitucional significa que a opinião acerca de existirem ou não elementos mínimos de autoria e materialidade para que seja oferecida a acusação penal é privativa do Ministério Público, não podendo nenhum outro órgão estatal atuar nesse momento. Vale dizer: no espaço de formação da *opinio delicti* – a qual poderá ser positiva, quando verificada a existência dos elementos mínimos a ensejar a acusação, ou negativa, quando não há elementos para acusar –, só tem legitimidade de atuação o Ministério Público.

⁴¹ PACHELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

⁴² “De todo modo, e, sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos por que abdicar de um conceito *acusatório* de processo penal na atual ordem constitucional.” (PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 15)

⁴³ CPP – Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁴⁴ CF/88 – Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

É nesse cenário que se situa a discussão sobre a compatibilização do princípio da obrigatoriedade no âmbito da justiça negocial, o qual, segundo a doutrina majoritária, é a regra geral inerente à ação penal pública, que impõe o dever de persecução penal. Ocorre que, para conferir efetividade aos acordos de não persecução penal, faz-se necessário que o Ministério Público, enquanto titular da *opinio delicti*, afaste-se de sua tradicional posição pela obrigatoriedade do oferecimento da ação penal, em exercício do princípio da oportunidade para definir pela *não persecução penal*.

Isso porque incumbe apenas ao órgão acusatório, enquanto agente do Estado, a deliberação sobre a própria realização ou não do acordo de não persecução penal, mesmo porque a legislação processual penal faculta ao investigado a requisição de remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público quando houver recusa na proposição do acordo, conforme artigo 28-A, §14, do CPP⁴⁵, tornando claro que a última palavra sobre o acordo será dada pelo órgão estatal. E, por conseguinte, decidindo-se pela efetiva realização do acordo, a ação penal não será intentada, o que importaria na transgressão ao princípio da obrigatoriedade.

Referido princípio, embora não tenha previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, encontra suas origens no princípio da legalidade⁴⁶, o qual, na esfera do Direito Público, impõe que a atuação dos órgãos estatais é submetida às leis. No âmbito penal, o princípio da legalidade importa na impossibilidade de que se configure a prática delitiva ou imposição de pena sem lei prévia que assim determine, suprimindo a possibilidade de arbitrariedades. Transmutando-se o princípio da legalidade à esfera processual penal, a doutrina majoritária entende tratar-se da obrigatoriedade da persecução penal⁴⁷.

Em outras palavras, pode-se dizer que na ausência de conduta criminalizada com previsão legal, não pode o membro do Ministério Público levar a efeito acusação penal contra o cidadão. Por conseguinte, em um Estado Democrático de Direito, a incriminação – que poderá impor limitações às liberdades do indivíduo – deve respeitar ao máximo o princípio da legalidade, de forma que o órgão persecutório apenas poderá intentar a ação penal quando presentes os requisitos legais para tanto.

É a partir dessa constatação que entende a doutrina pela obrigatoriedade de deflagrar a ação penal sempre que for apontada a existência de um crime e forem amealhados indícios

⁴⁵ CPP, Art. 28-A – § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁴⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.48.

⁴⁷ Nesse sentido, COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, n. 1, p. 26-51, São Paulo, 2001, p. 41.

suficientes da infração (autoria e materialidade), não havendo espaço para o exercício da discricionariedade do membro do *parquet*. Nesse sentido, Eugênio Pacelli:

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade.

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal.⁴⁸

Assim, no contexto do Estado Democrático de Direito, a obrigatoriedade é compreendida no sentido de que não há espaço para o exercício de discricionariedade do membro ministerial a respeito da persecução penal quando presentes os indícios de autoria e materialidade da existência de fatos puníveis, em nome da proteção de direitos fundamentais. Ainda, o princípio da legalidade refletido na obrigatoriedade da ação penal impõe consequências outras ao processo penal, como a impossibilidade de que o membro do Ministério Público apresente desistência da ação após a sua deflagração, retratação e oferecimento de perdão ao acusado, como se constata da redação dos artigos nº. 42 e 576⁴⁹, do Código de Processo Penal.

Em contraponto ao princípio da obrigatoriedade, a doutrina processual penal assentou o princípio da oportunidade, entendido como o reconhecimento de que o titular da ação penal possa dispor, mediante determinadas circunstâncias, do exercício da ação penal. Nada obstante muitas vezes cogite-se da identidade entre oportunidade e discricionariedade, entende-se pela efetiva distinção semântica: esta é expressão da *subjetividade* do membro ministerial, ao passo que a oportunidade, enquanto opção de vias do representante ministerial deve ter fundamento em Lei – o que não extrema dos riscos das variadas formas de interpretação do aplicador da norma, em exercício, de fato, de sua discricionariedade.

Assim, valendo-se do princípio da oportunidade, pode o Ministério Público dispor de maior atuação discricionária no exercício da ação penal. Nesse sentido, Vladimir Aras sintetiza: “O princípio da oportunidade está necessariamente ligado à ideia de intervenção mínima. Permitindo-se ao Ministério Público maior liberdade de decidir quando oferecer a denúncia ou

⁴⁸ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 102.

⁴⁹ CPP - Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” e “Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

não, facilita-se a intervenção penal mínima, sem abandonar-se o dever de defesa da sociedade”⁵⁰.

Para Marco Aurélio Nunes da Silveira, em uma estrutura essencialmente acusatória, ao se compreender o exercício da ação penal como forma de veiculação de política criminal, é necessário conferir ao Ministério Público a possibilidade de decidir acusar apenas quando conveniente aos interesses da sociedade e do Estado:

E não se trata, meramente, de uma decisão fundada na suficiência das provas colhidas no inquérito policial. Mais do que isto, é possível conceber situações nas quais, embora exista crime, não convém acusar, seja porque suas consequências já são suficientemente penosas ao próprio agente, a ponto de recomendar a não aplicação da pena, seja porque a pena, no caso concreto, não alcançaria qualquer finalidade juridicamente válida, seja porque a legislação penal, em relação a determinados crimes, está ultrapassada e superada, enfim, pelos mais diversos motivos, é possível vislumbrar que nem sempre o processo e a pena representam uma resposta político-criminal adequada ou justa.⁵¹

A doutrina ainda desenvolveu uma via intermediária entre os conceitos, denominado de oportunidade regrada, que consistira nas situações em que o princípio da obrigatoriedade seria mitigado de modo restrito, apenas nos casos previstos em lei e conforme os critérios normativamente previstos⁵². A esse respeito, Mauro Messias entende que reconhecer o exercício da oportunidade regrada pelo Ministério Público significaria marcar uma atuação reflexiva e dinâmica de seus membros, não havendo que se falar em oportunidade política⁵³. O conceito atrai críticas, justificadas sob o argumento de que o conceito de oportunidade regrada significaria, em verdade, o próprio exercício da legalidade⁵⁴, e não verdadeira expressão da oportunidade, vez que se presume a submissão a regras pré-definidas.

Em sentido semelhante, em artigo sobre o acordo de não persecução penal ainda sob a vigência das Resoluções editadas pelo CNMP, Renne Souza e Patrícia Dowe consignaram a impossibilidade de atuação ministerial com absoluta liberdade discricionária, justamente em razão da necessidade de observância dos requisitos mínimos para o acordo, conforme previsão legal:

⁵⁰ ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 303.

⁵¹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit., p. 134-135.

⁵² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 38.

⁵³ MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal – teoria e prática*. cit., p. 36.

⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. cit., p. 70.

Não se pode imaginar a realização do acordo de não persecução penal como ato vinculado, sob pena de se acabar com a pretendida consensualidade do instituto e mais, estabelecer-se um autêntico princípio da obrigatoriedade às avessas.

A doutrina menciona a existência de uma discricionariedade ou oportunidade regrada (até porque não podem ocorrer arbitrariedades), pois somente é lícita ao Ministério Público a celebração da avença, desde que previstos diversos requisitos expressamente previstos e detalhados pela própria resolução.

Não existe, portanto, absoluta liberdade discricionária, posto que necessariamente devem ser observados os requisitos mínimos para o acordo [...].⁵⁵

O cerne da discussão para este trabalho diz respeito à possibilidade (e necessidade) de coexistência desses princípios no processo penal, no que tange âmbito de incidência da justiça consensual penal, em consonância com o princípio da legalidade – aqui compreendido em sentido amplo, enquanto dever de submissão do agente público aos ditames legais. Assim, busca-se a compreensão dos mecanismos de consenso enquanto exercício do princípio da oportunidade no bojo do processo penal constitucional, com limitações claras ao poder punitivo, a fim de evitar arbitrariedades e transgressões a princípios fundantes do processo penal.

A inevitabilidade da tendência de expansão dos mecanismos de consenso na justiça penal brasileira impõe que tais reflexões sejam realizadas, a fim de analisar as problemáticas inerentes ao acordo de não persecução penal no tocante às mais diversas relativizações de direitos fundamentais pressupõem a realização do instituto. Uma das vozes mais expressivas na crítica aos acordos penais, Bernd Schünemann reconheceu a indelével tendência de expansão dos espaços de consenso no Direito Penal no contexto internacional:

Há 16 anos, por ocasião das Jornadas do *Consejo General del Poder Judicial* da Espanha, avantei a hipótese de que nos encontraríamos diante de uma verdadeira <<marcha triunfal>> do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo. Acredito possuir dons proféticos: desde então, não só o instituto mais importante do processo penal norte-americano, o *plea bargaining*, vem se expandindo cada vez mais sobre o continente europeu, como também a muito ansiada e necessária reforma em matéria processual penal na América Latina vem sendo fortemente influenciada pelo desenvolvimento do modelo processual penal dos Estados Unidos da América, o que está para acontecer igualmente com a China.⁵⁶

Apresentadas as definições conceituais, nada obstante seja compreendido como princípio fundante da ação penal pública, há que se consignar que a obrigatoriedade já foi mitigada pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, como se percebe diante do princípio da

⁵⁵ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 151.

⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240.

insignificância aplicado ao Direito Penal⁵⁷, bem como dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos pela Lei nº. 9.099/95, dentre outros, conforme se verá no item subsequente. Assim, já há muito se entende que o princípio da obrigatoriedade não pode ser compreendido como absoluto e inarredável, com críticas árdias por parte da doutrina⁵⁸. Jacinto Coutinho assim assentou: “é preciso considerar que tal princípio da obrigatoriedade, ainda que fosse possível pensar estar atrelado ao princípio da legalidade, deve ser relativizado, já que um processo penal democrático tem, antes de mais nada, o objetivo de atender ao interesse público”⁵⁹.

Em estudo sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal no panorama italiano, Vinicius Vasconcellos e Bruna Capparelli apresentam conclusão aplicável ao processo penal brasileiro: “é insustentável uma ideia de obrigatoriedade absoluta, pois na prática ela não é realizável e acaba por ocasionar violações à própria premissa de igualdade de tratamento aos cidadãos (que paradoxalmente é uma de suas principais fundamentações), pois a decisão sobre acusar ou não finda por se tornar individual e potencialmente arbitrária por cada representante do MP”⁶⁰.

Em um Estado Democrático de Direito que pretenda a vigência de um processo penal constitucional, não há espaço para a compreensão da obrigatoriedade como norma a impor que o Ministério Público busque a condenação do acusado incessantemente, em um dever cego de propositura ações penais e interposição obrigatória de recursos para a manutenção de pretensões punitivas mesmo diante da comprovação da improcedência da demanda na fase instrutória. Nesse sentido, há posicionamentos doutrinários⁶¹ que defendem a independência funcional dos

⁵⁷ A esse respeito, Eugênio Pacelli ensina que “Há que se apontar, ainda, outras perspectivas que se abrem em relação ao possível afastamento da regra da obrigatoriedade de ação penal. É que o processo penal não pode se afastar de uma perspectiva minimamente funcional do Direito Penal, no sentido de dever obediência à eventuais determinações reitoras da política criminal. É o caso, por exemplo, do reconhecimento, desde logo, da insignificância da lesão ou do não atendimento das exigências de determinados e fundamentais princípios do Direito Penal, tais as hipóteses da intervenção mínima, da lesividade concreta e outros que, caso a caso, recomendem a não intervenção do sistema penal.” (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 136).

⁵⁸ Esse é o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover: “Sem embargo, o novo processo penal latino-americano deu-se conta da falácia e da hipocrisia na adoção rigorosa do princípio da obrigatoriedade.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 215).

⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. cit.. p. 42.

⁶⁰ VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. Notas sobre a perene crise do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 18, n. 1, p. 118-149, jan.-abr. 2017, p. 143.

⁶¹ “Nenhum texto constitucional traz previsão expressa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que temos como previsão expressa é o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, não havendo a mínima possibilidade jurídica do *Parquet* ser obrigado a mover a persecução penal judicial, há uma conveniência justificada pela livre valoração do interesse público.” (BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. cit., p. 110).

membros do Ministério Público, expresso no texto constitucional no artigo 129, inciso I, que não se coaduna com a obrigação absoluta de persecução penal judicial.

Em um cenário de aplicação da obrigatoriedade de modo absoluto, a quantidade de persecuções penais empreendidas extrapolaria qualquer limite de legitimidade, abrindo espaço para ações penais mesmo quando inexistente o dever de agir ministerial, em franco arbítrio e excesso do poder punitivo. O próprio texto do diploma processual penal não impõe obrigações dessa ordem, tanto é assim que não há, por exemplo, o dever de recorrer sempre que a condenação não se materialize ao fim do processo penal.

Em consonância com esse posicionamento, Vladimir Aras defende que o Ministério Público não pode ser reduzido a mero aplicador automatizado da lei penal, mas é antes um agente político, capaz de discernir, mediante critérios legais, a necessidade de intentar ação penal:

O Ministério Público brasileiro é, assim, um promotor da política criminal do Estado. Não é mero espectador, não é autômato da lei penal. Na condição de agente político do Estado, tem o dever de discernir a presença, ou não, do interesse público na persecução criminal em juízo ou se, diante da franquia do art. 129, inciso I, da Constituição, combinado com o art. 28 do CPP, deixará de proceder à ação penal, para encaminhar a causa penal a soluções alternativas, não judicializando a pretensão punitiva.⁶²

No mesmo sentido, defende Rodrigo Cabral⁶³ que a obrigatoriedade não impõe um dever “cego” de que o membro do órgão acusatório, mas sim limita a concessão do que o autor chama de “favores ilegítimos” a quem quer que seja. Para Antonio Suxberger⁶⁴, negar espaço decisório ao Ministério Público é opção dogmática dissonante da realidade estrutural e funcional do sistema de justiça criminal, que ignora a contribuição das políticas públicas para o funcionamento de todo o sistema.

Ainda, também a respeito do princípio da obrigatoriedade em sede do instituto da transação penal, previsto na Lei nº. 9.099/95, Afrânio Jardim⁶⁵ consignou que não se trataria

⁶² ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 305.

⁶³ “A ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. Assim, tal interpretação deixa claro, que o Ministério Público não pode conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas.” CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP – versão ampliada e revisada). In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 41.

⁶⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 35-50, jul./dez. 2017, p. 47.

⁶⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*, cit., p. 100-102.

sequer de abrir mão da obrigatoriedade da ação penal. Para o autor, em verdade, ao oferecer proposta de transação ao réu, o membro do Ministério Público estaria em franco exercício da persecução penal, sobretudo pela possibilidade de imposição de sanções no procedimento abreviado.

Admitindo-se a vigência do princípio da obrigatoriedade em uma leitura em que que seja decorrente do princípio da legalidade – e não a sua própria equivalência, a impor a ação penal forma absoluta –, torna-se possível a coexistência da justiça negocial em harmonia com os ditames processuais penais. No ponto, Vinícius Vasconcellos faz crítica pertinente ao propor a distinção entre espaços de não obrigatoriedade por opção de política criminal, quando entender o Ministério Público pela desnecessidade de imposição de sanções alternativas, “reconhecendo-se que o Direito Penal não é instrumento adequado para a tutela de condutas de menor gravidade e relevância”, e os casos em que se estabelece acordo entre acusação e defesa para a imposição de sanção reduzida ou alternativa de forma antecipada⁶⁶.

Assim, o exercício da oportunidade no âmbito de incidência do acordo de não persecução penal, ou da exceção à obrigatoriedade, presume a existência de indícios de materialidade e autoria que autorizariam a deflagração da ação penal, nada obstante, por opção de política criminal para evitar a tramitação de processos penais com toda a carga e consequências a eles inerentes, e critérios outros (economia, celeridade), o órgão acusatório adote outro caminho para a resolução da lide penal, arrimado em critérios legais pré-definidos, a fim de conformar a sua inserção no seio do processo penal democrático.

Corroborando o entendimento de que o acordo de não persecução penal configura exercício da oportunidade com fundamentos legais expressos – ou permissivo legal de exceção à obrigatoriedade –, tem-se o posicionamento de Leonardo Schmitt de Bem e Viviane de Aquino de Bem⁶⁷:

É interessante que o acordo se revela como uma nova exceção legal ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ou seja, a compulsoriedade da oferta da exordial pode ser excepcionada, mesmo havendo justa causa. Em outros termos, os atos de investigação corroboram à formação da *opinio delicti* para proposição da denúncia, mas, não há a sua apresentação, decidindo-se o Ministério Público pela oferta do acordo.

O preceito elenca os requisitos de ordem objetiva (não arquivamento da instrução policial, confissão do investigado, quantidade mínima da pena da infração e suas formas de execução) e outro de ordem subjetiva (necessidade e suficiência do acordo para reprovação e prevenção do crime), que devem coexistir.

⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 140.

⁶⁷ BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 82.

Feitas tais considerações, conclui-se que não há violação à legalidade pelo exercício da oportunidade – ou da não obrigatoriedade da ação penal – na realização dos acordos de não persecução penal, do contrário, sua adoção seria inconciliável com o Estado Democrático de Direito pautado pela legalidade em sentido amplo. Nesse sentido, o exercício da oportunidade nos acordos de não persecução penal mostra-se possível, desde que em um cenário com regras claras previstas em lei, em que o órgão de persecução penal possa, motivadamente, deixar de deflagrar a ação penal, mediante a colaboração processual do réu em confessar *formal e circunstanciadamente* o ilícito, em troca do não oferecimento de denúncia, como uma forma de encerramento antecipado da persecução penal, com a imposição antecipada de penalidades com algum percentual de redução.

Nada obstante, é preciso reconhecer o natural embate entre acordos no processo penal e princípios fundamentais⁶⁸, com desdobramentos que merecem reflexão, sobretudo por se tratar de limitações e relativizações a garantias vinculadas ao contraditório e à ampla defesa, que asseguram justamente a limitação do poder punitivo estatal⁶⁹. Com efeito, a partir de mecanismos da justiça negocial penal que suprimem a própria ação penal e importam na alteração da posição tradicional do acusado de resistência à acusação, relativiza-se a ampla defesa e o contraditório eis que “[a ação penal] exerce uma importante função ligada ao exercício da defesa e do contraditório, na medida em que procura limitar o objeto de juízo e estabelecer os parâmetros da correlação entre a acusação e a sentença.”⁷⁰, para além de questionamentos outros quanto às relativizações de outras garantias fundamentais, como o direito à não autoincriminação e à presunção de inocência.

Todavia, em vez de negar ao imputado os benefícios que podem advir das soluções consensuais e retirar-lhe a autonomia da vontade e poder de disposição⁷¹, considerando a realidade inevitável de franca inserção da justiça consensuada no processo penal, é mais adequado empreender estudos e análises críticas para o aprimoramento dos institutos

⁶⁸ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 257.

⁶⁹ “Afinal, as garantias fundadas no âmbito do Direito Penal e processual representam verdadeira justificação à sua utilização. Ademais, os princípios garantísticos são essenciais à possibilidade de estruturação de um Direito Penal coerente com um Estado Democrático de Direito, modelo de Estado eleito pela Constituição Federal brasileira de 1988.” Idem, p. 257.

⁷⁰ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit., p. 130.

⁷¹ “A voluntariedade é uma das principais justificativas utilizadas para fundamentar a possibilidade de implantação da justiça criminal consensual, e essencialmente para o afastamento de determinadas garantias, já que o próprio colaboradora estaria, dessa forma, voluntariamente dispondo destas.” (AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 266-267).

consensuais, que devem ser pautados pela boa-fé dos envolvidos, por uma defesa técnica efetiva, pela transparência e observância aos critérios legais na atuação do órgão ministerial, pela clareza das consequências ao acusado, e por um controle jurisdicional que não seja mera ficção⁷².

Nesse sentido, Murilo Aires e Fernando Fernandes⁷³:

Sendo assim, para um processo penal não apenas limitado à proteção do acusado, mas também em conformidade com os valores políticos criminais do Sistema Jurídico-Penal como um todo, deve se realizar uma integração teleológica entre o Sistema Punitivo, e o modelo processual nele adotado, havendo uma estrutura da norma processual que permita em si um conteúdo prognóstico, de maneira que também se cumpram as necessidades de funcionalidade e eficiência do processo penal, sem dispensar sua irrenunciável tradição de garantia, irrenunciabilidade que se representa, no Estado Democrático de Direito, pela intransponível tutela da dignidade da pessoa humana.⁷⁴

Apenas assim será possível cogitar que o acordo de não persecução penal, enquanto instrumento do sistema de justiça consensual, se compatibilize com as garantias constitucionais, para que o modelo adotado seja não apenas eficiente, mas também – e principalmente – perpetuador do caráter garantista já vigente no modelo tradicional para essa nova forma de pensar sobre a justiça penal, levando-se em consideração que o imputado deve ser sempre tratado como sujeito de direitos, em quaisquer das etapas dos procedimentos persecutórios, “sendo-lhe assegurados os direitos decorrentes dessa sua condição, em razão da assimilação do paradigma do Constitucionalismo”, sob pena de se obstar “o projeto constitucional de proteção dos direitos individuais fundamentais, com retrocesso ao Estado medieval, no mínimo.”⁷⁵.

1.2. Justiça penal negocial no Brasil – outros institutos

⁷² LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 35.

⁷³ Em posição crítica ao “excesso teleológico” sobre a compreensão de Murilo Aires e Fernando Fernandes em afirmar ser a colaboração premiada ferramenta teleológica para uma visão político-criminal, Gabriel Divan: “Mas é preciso que se diga – em opinião que é pura especulação crítica frente ao texto que vem a lume, que d) o pragmatismo em excesso teleológico (ex: medidas diferenciadas para a dita ‘criminalidade grave’) pode enevoar a visão político-criminal do processo e seus instrumentos para um utilitarismo baixo e de ocasião; e) o empenho funcionalista em conectar política, estratégias, gestão, objetivos e resultados não pode simplesmente se instalar e sobrepor onde há uma série de valores e padrões em que, alguns, inclusive, são talhados para uma imposição ou contra imposição (ex: eficiência vs. garantia) e, por fim, f) a complementariedade funcional entre o desenrolar do processo e suas possibilidades aplicativas e interpretativas com outros ramos jurídicos (máxime as normas de direito penal e sua axiologia) não podem pressupor um processo político-criminalmente orientado que se transforma em estrutura-fantoches do poder punitivo sob argumentos convincentes.” (DIVAN, Gabriel Antinolfi. Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. cit., p. 426).

⁷⁴ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 260-261.

⁷⁵ SUXBERGER, Antonio H.G.; LIMA, José W.F. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. cit., p. 283.

Estabelecidos os pressupostos para a inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, serão analisadas – sem pretensão de exaustão do tema – a seguir as figuras que constituem expressão dos espaços de consenso já vigentes na justiça criminal. A experiência já vivenciada com tais institutos, aliada à experiência internacional em que há muito já se utiliza o consenso em larga escala para a solução de conflitos penais (principalmente a norte-americana, com o *plea bargain*), torna possível a extração de ensinamentos como rota de aprendizagem para evitar os erros já conhecidos.

No Brasil, há algum tempo, vigoram modelos alternativos ao tradicional processo para a solução de conflitos penais, suprimindo-o na íntegra ou apenas algumas de suas fases, como o são (i) a composição civil dos danos (artigo 72, da Lei nº. 9.099/95); (ii) a transação penal (artigo 76, Lei nº. 9.099/95); (iii) a suspensão condicional do processo (artigo 89, Lei nº. 9.099/95); (iv) a colaboração premiada (art. 4º, Lei nº. 12.850/2013); e (v) o acordo de leniência (artigo 87, Lei nº. 12.529/2011 e artigo 16, Lei nº. 12.846/2013).

Os institutos acima elencados não são todos expressão da justiça criminal negocial, mas se assemelham por terem como pressuposto o exercício da oportunidade pelo Ministério Público. Os mecanismos negociais, por sua vez, pressupõem a participação da acusação e da defesa, com manifestação de vontade com objetivo uníssono – a antecipação da imposição de sanções, com algum percentual de redução, mediante a renúncia do acusado ao transcorrer devido do processo penal, concretizando em menor tempo o poder punitivo estatal.

Nesse ponto, Murilo Aires e Fernando Fernandes afirmam que, utilizando-se da celeridade processual para atingir a maior eficiência e funcionalidade, implicará em tensão entre efficientismo⁷⁶ e o garantismo, o que, sem dúvidas, é uma das maiores polêmicas inerentes à justiça penal negocial⁷⁷. O alerta de Gabriel Divan, todavia, se faz necessário: eficiência e garantia não são opostas⁷⁸ – relembre-se que a razão de ser do processo penal não é instrumentalizar o poder punitivo, mas limitar o arbítrio estatal⁷⁹.

Antes pelo contrário, o processo penal democrático é calcado nas garantias constitucionais, e apenas poderá ser realmente eficiente⁸⁰, quando observados tais princípios

⁷⁶ Por “Teoria do Efficientismo”, entende-se: “segundo a qual se propõe maior funcionalidade na administração da “questão penal”, de onde essa funcionalidade corresponde aos instrumentos que cuidam das reais consequências esperadas de sua atuação.” (SUXBERGER, Antonio H.G.; LIMA, José W.F. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. cit., p. 288-289).

⁷⁷ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 258.

⁷⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi. Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. cit., p. 424.

⁷⁹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 206.

⁸⁰ “Essa associação do direito penal com o direito processual penal – denominada de Sistema Jurídico-Penal – para se tornar operativa, funcional e eficiente não pode ignorar os padrões mínimos garantistas do indivíduo que venha

legitimadores. A instituição dos Juizados Especiais Criminais como instrumento de política criminal através da Lei nº. 9.099/95 assim o revelou.

A Lei nº. 9.099/95 representou inovação muito significativa no paradigma do sistema jurídico-penal brasileiro, especificando o conceito de infrações de menor potencial ofensivo e disciplinando os institutos consensuais⁸¹. Crítico contundente, para Aury Lopes Jr., foi o início da derrocada do garantismo penal no processo penal brasileiro, com a deliberada instituição do utilitarismo processual e de eficiência antigarantista na esfera penal, mediante a supressão ou exclusão de direitos e garantias ou, no mínimo, reduzindo sua esfera de proteção:

A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar as necessárias maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de *atropelar* os direitos e garantias do acusado.

Na acertada conclusão de Coutinho, esse conjunto de fatos leva a *supressão (exclusão de direitos e/ou garantias, ou, pelo menos, redução da sua esfera de proteção*.

É neste complexo contexto que definimos o *utilitarismo processual*, no sentido de *eficiência antigarantista*. Nele se insere o modelo de justiça negociada desenhado pela Lei nº 9.099/95.⁸²

Nada obstante, é assente o reconhecimento do marco inicial da justiça penal negociada no Brasil com o advento da Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais e estruturou o chamado procedimento sumaríssimo ao processo penal brasileiro, a fim de favorecer os anseios de maior celeridade e eficiência no julgamento de casos penais, representando verdadeira “quebra do paradigma conflitivo da justiça criminal brasileira”⁸³. Ainda que sejam institutos com espaço de consenso limitados, restritos a desvios legais de baixa gravidade, foi a partir da transação penal e da suspensão condicional do processo que se estabeleceu essencialmente a justiça consensual no país.

A composição civil dos danos, constante do artigo 72⁸⁵, da Lei dos Juizados Especiais, pressupõe acordo realizado entre a vítima e o autor do fato em audiência preliminar, conforme a letra da lei, a fim de resolver a questão civil no seio do processo criminal, impedindo o curso

a ser submetido a procedimentos persecutório-penais” (SUXBERGER, Antonio; H.G.; LIMA, José W.F. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. cit., p. 289).

⁸¹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 215.

⁸² LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência garantista*. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 99-128, 2002, p. 115-116.

⁸³ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. *A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador*. cit., p. 265.

⁸⁵ Lei nº. 9.099/95 – Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

da ação penal privada ou da ação penal pública condicionada à representação, nos termos do artigo 74, parágrafo único⁸⁶, do referido diploma legal.

Assim, tendo como norte o conceito de justiça penal consensual estabelecido por Vinícius Vasconcellos já destacado⁸⁷, a composição civil não se insere como instrumento da justiça penal negocial, que pressupõe o *consenso* entre acusação e defesa pela colaboração processual do réu, por pressupor acordo reparatório entre a vítima e o acusado⁸⁸. Por outro lado, trata-se de alternativa ao processo penal, propiciando o diálogo entre as partes, com especial enfoque para a reparação dos danos sofridos pela vítima⁸⁹.

Já a transação penal, aplicada a delitos de menor potencial ofensivo, seu conceito revela-se mais próximo à justiça criminal negocial, tratando-se de acordo proposto pelo acusador ao imputado, desde que presentes os critérios legais constantes do artigo 76, da Lei 9.099/95⁹⁰. O poder de punir é concretizado de forma antecipada mediante a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, em momento pré-processual, antes mesmo de eventual

⁸⁶ Lei nº. 9.099/95 – Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

⁸⁷ Cf. nota de rodapé 27 - VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 50.

⁸⁸ Há posicionamentos doutrinários que defendem ser a composição civil expressão da justiça consensual, a partir de um conceito amplo de consenso, para além dos mecanismos negociais entre o órgão público acusatório, conforme LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 157.

⁸⁹ Sobre a maior participação da vítima no processo penal, com a finalidade de propiciar a reparação dos danos decorrentes do ilícito, já em 2002 Aury Lopes Jr. criticou de modo incisivo – posição com a qual não se concorda –, dispondo sobre a possibilidade de ampliação e incentivo dos interesses privados no processo penal: “Não se pode esquecer que a participação da vítima no processo penal, em geral, e no assistente da acusação em especial, decorre de uma pretensão contingente: ressarcimento e/ou reparação dos danos. Isso acarreta uma perigosa contaminação de interesses privados em uma seara regida por outra lógica e princípios. Desvirtua por completo todo o sistema jurídico-processual penal, pois pretende a satisfação de uma pretensão completamente alheia a sua função, estrutura e finalidade.” (LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência garantista*. In WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. cit., p. 124).

⁹⁰ Lei nº. 9.099/95 – Art. 76. 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. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

deliberação judicial quanto ao recebimento de denúncia⁹¹, evitando-se o processo penal, e sem que haja confissão formal ou reconhecimento de responsabilidade pelo imputado.

O âmbito de incidência da transação penal é limitado, vez que se volta à pequena criminalidade, nos termos do artigo 61, da Lei nº. 9.099/95, que define infrações penais de menor potencial ofensivo como “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. É exemplo marcante da introdução da justiça negocial na esfera penal e, por evidente, não é alternativa ao arquivamento, mas apenas admissível nas hipóteses em que o Ministério Público entenda que o processo penal deva ser instaurado pela presença dos requisitos legais de indícios de autoria e materialidade, sob pena de ofensa à legalidade.

É em razão da não exigência de confissão como condição para a transação penal, que se configura um instituto mais benéfico ao imputado, de forma que, se cabível a transação, ela excluirá a possibilidade de realização do acordo de não persecução penal, nos termos do artigo 28-A, §2º, inciso I, do CPP. Cumpridas as obrigações, sem a necessidade de que o acusado confesse os fatos imputados, o processo é extinto, sem a configuração de antecedentes ou reincidência.

O instituto é alvo de críticas contundentes da doutrina. Para Miguel Reale Júnior, com a transação “infringe-se o devido processo legal. Faz-se tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal.”⁹². Na mesma linha, Geraldo Prado critica: “a solução consensual não contém autorização constitucional para dispensar o fundamento da culpabilidade na punição dos agentes, sob pena de retorno a esquemas de responsabilidade puramente objetiva.”⁹³.

As críticas acabam por remeter à já mencionada problemática da renúncia a direitos fundamentais. Todavia, entende-se que a questão primordial é verificar se é admissível que o imputado, assistido por advogado, concorde com limitações a direitos e garantias em troca de um tratamento sancionatório mais favorável, ou se apenas se admite o caminho do processo

⁹¹ Segundo enunciado criminal nº. 114 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) entende-se que “A Transação Penal poderá ser proposta até o final da instrução processual.”. (Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimos-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais/>>, acesso em 22.06.2020).

⁹² REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (org.). *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 25-31, p. 27.

⁹³ PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.192.

tradicional, com garantias atendidas em plenitude, mas também com todas as agruras, riscos e consequências a ele inerentes.

A prática decorrente da aplicação do instituto desde a vigência da Lei nº. 9.099/95 traz importantes lições para que erros já conhecidos não se repitam no bojo das aplicações dos acordos de não persecução penal. Em estudos empíricos analisados por Vinícius Vasconcellos⁹⁵ sobre o tema, revela-se que parte da doutrina demonstrou reflexos antagônicos aos fins pretendidos pelos mecanismos negociais dos Juizados Especiais Criminais.

De acordo com Rodrigo de Azevedo, ao analisar a prática dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre e Brasília, em regra, não houve diminuição de demandas na justiça criminal, mas sim o seu incremento, com a expansão do campo de controle social pelo poder punitivo, que passou a intervir em questões antes não abarcadas pelo sistema formal de controle penal⁹⁶.

Ainda, interessante também a crítica constante nos estudos empíricos quanto a inviabilidade do procedimento sumaríssimo para a pretensão de diálogo entre as partes, aventada pela Lei nº. 9.099/95. Verificou-se que, na prática, os atores do sistema criminal pretendem-se encerrar o processo de modo mais rápido possível, sem observância à consensualidade dos institutos⁹⁷. Reflexo dessa problemática se traduz no procedimento adotado nos Juizados Especiais Criminais de, não raro, designar *automaticamente* a realização de audiência preliminar ao receber o procedimento investigativo, nem sempre contendo uma investigação substancial⁹⁸, o que acabou por banalizar a transação penal.

Nesse ponto, importante consignar que uma das razões para a crise do sistema criminal brasileiro está na fase preliminar⁹⁹. A investigação limita-se, quase que exclusivamente, na colheita de depoimentos de pessoas, importando em uma *persecutio criminis* incompleta,

⁹⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 189-200.

⁹⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre*. São Paulo: IBCCRIM, 2000. 223 p. (Monografias, 13), p. 134.

⁹⁷ ANZILIERO, Dineia Largo. *Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil: entusiasmo e crise nos Juizados Especiais Criminais*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 150-155.

⁹⁸ “Comprova este argumento a última entrevista acima transcrita, onde o operador admite que até quando não existem provas, ele oferece a transação penal. A inversão dos ritos por ele assumida (primeiro oferece a transação penal, depois busca as provas) demonstra que procedem as afirmações já apresentadas sobre o caráter inquisitorial da transação penal e a inversão da presunção de inocência, que transformam o instituto – de origem despenalizadora – em punição/castigo.” (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas – Uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 158).

⁹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. op. cit, p. 296-297.

geradora de acusações genéricas e insubsistentes¹⁰⁰ que, por sua vez, serão responsáveis por alterar o *status* de cidadão comum para acusado com o recebimento de denúncias sem a devida motivação, na mesma linha utilitária adotada desde o expediente investigatório. A falta de recursos humanos e materiais escancaram as mazelas da fase preliminar das investigações, sem sequer adentrar ao mérito de outros problemas a ela inerentes – caráter inquisitorial, limitação do exercício da ampla defesa e contraditório, dentre outros.

Recebido o material colhido nessa fase, nem sempre confiável, aliada à enorme demanda de casos pendentes, deu-se a prática de designação automática de audiência para o oferecimento da transação penal, quase que numa linha utilitária e com certo automatismo. O cenário tornou solo fértil para que o *parquet* apenas se debruçasse de modo mais detido sobre os fatos perquiridos no momento da mencionada audiência preliminar.

Analisados previamente, muitos dos casos poderiam ser arquivados por diversos motivos – atipicidade, insignificância, falta de justa causa¹⁰¹, dentre outros –, sem a necessidade da realização de audiência, que demanda estrutura e participação de todos os atores processuais envolvidos. É dizer: uma análise prévia mais detida poderia implicar em sensível redução da quantidade de ações pendentes no Poder Judiciário – justamente um dos pilares da razão de ser da justiça negociada.

Corroborando a crítica à transação penal, Maria Lúcia Karam afirma que o instituto amplia o controle social estatal, com a expansão do poder punitivo do Estado a partir da punição de condutas que deveriam ser descriminalizadas, para além da imposição antecipada de pena em desrespeito às garantias constitucionais de que gozam os acusados em processo penal¹⁰². A experiência corrobora a crítica da jurista, diante da grande quantidade de casos levados praticamente de forma automática à audiência preliminar nos Juizados Especiais Criminais para proposição de solução consensual que tratam de imputações verdadeiramente atípicas ou insignificantes, que seriam casos de arquivamento.

¹⁰⁰ “A cultura inquisitória vigente no Brasil, inclusive nos dias atuais, estimula uma ação processual penal oferecida de forma indolente e, até mesmo, irresponsável, acentuando a compreensão de que o réu, normalmente carente, merece ser tratado como mero objeto do processo.” (NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit. p. 135).

¹⁰¹ Interessante, no ponto, trazer o conceito de Gabriel Divan para justa causa: “A justa causa para a ação penal é, pois, um instrumento legal-dogmático que vivifica essa imperiosa análise quanto à imprescindibilidade (ou não) da intervenção estatal. É – e é bom frisar esse aspecto – como o próprio substantivo anuncia, um instrumento que impõe uma verificação no que diz para com a qualidade da causa, enquanto ‘justa’, enquanto pertinente. Não há mais tempo para teorizar sobre a justa causa para a ação penal como se ela fosse apenas uma ferramenta de análise isolada de uma ou algumas das partículas que compõem seu núcleo ou de meros requisitos legais/formais delimitados.” (DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. cit., p. 430-431).

¹⁰² KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*. A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004, p. 37.

Por sua vez, a suspensão condicional do processo, constante do artigo 89, da Lei nº. 9.099/95¹⁰³, também configura instrumento da justiça penal consensual, ao possibilitar a suspensão condicional do processo nos crimes cuja pena mínima não ultrapasse um ano, abrangidos ou não pela Lei dos Juizados Especiais. Caso o réu aceite o chamado *sursis* processual deverá cumprir as condições estabelecidas nos termos legais – que não se limitam às penas restritivas de direito e multas, como na transação penal –, e o processo será sobrestado por período entre dois e quatro anos.

Ainda, nos termos do §2º do artigo 89, o juiz poderá especificar outras condições que repute necessárias, o que não se coaduna com o sistema acusatório. Expirado o prazo de suspensão e cumpridas as condições, será declarada a extinção de punibilidade do imputado, nos termos do §5º do artigo 89 da Lei nº. 9.099/95. O referido diploma legal ainda prevê as hipóteses de revogação da suspensão (§§3º e 4º, do artigo 89), quando a persecução penal voltará a ter curso.

Trata-se de inovação trazida pela Lei nº. 9.099/95 que flexibiliza, de modo regulado, a obrigatoriedade da ação penal, em que o órgão acusatório concorda em não exercer, temporariamente, o poder-dever de prosseguir com o processo criminal. O principal benefício ao acusado é evitar que suporte os ônus do processo, em que há o risco de condenação que macularia sua vida pregressa¹⁰⁴. Em troca dessas benesses, o acusado renuncia à tradicional posição de resistência no processo, em que não terá a oportunidade de demonstrar as razões de sua inocência mediante elementos probatórios a que teria direito em um processo tradicional.

A principal diferença em relação à transação penal se situa na ampliação do espaço de incidência do instituto, possibilitando o seu oferecimento em crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano, e não apenas aos crimes com pena máxima de dois anos regulados pela Lei nº. 9.099/95, como ocorre na transação penal. Ainda, o momento de oferecimento também é

¹⁰³ Lei nº. 9.099/95 - Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

¹⁰⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 188.

diverso: a suspensão condicional do processo pressupõe a formalização da acusação, com o oferecimento da denúncia¹⁰⁵. Outra diferença diz respeito à aplicação de *medidas*, e não de penas, como na transação penal, além de pressupor o oferecimento de acusação. Em comum, ambos os institutos não exigem o reconhecimento de culpa do acusado.

Digno de nota que, segundo a legislação, o oferecimento da suspensão condicional do processo não importa na ausência do exame de admissibilidade da peça acusatória pelo magistrado. Todavia, na prática, quando há proposta de suspensão pelo Ministério Público, o juízo empreende a intimação do acusado ou para a realização de audiência tendente à solução consensual, ou para se pronunciar sobre a proposta. Com isso, a análise percuciente da denúncia, muitas vezes, acaba não ocorrendo, a despeito do teor dos artigos 41 e 395, do Código de Processo Penal¹⁰⁶.

Problemas de ordem prática são levantados em torno da suspensão condicional do processo, muitos dos quais a respeito de questões já levantadas na transação penal. A definição da natureza jurídica da transação penal e da suspensão condicional do processo, instituídos pela Lei nº. 9.099/95 é motivo de dissenso na doutrina e jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal definiu através de enunciado sumular que, em caso de recusa do promotor de justiça pela proposição da suspensão condicional do processo, caberá definição pelo procurador-geral, isto é, a última palavra será do próprio Ministério Público, conforme Súmula 696/STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”.

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, tem entendimento fixado¹⁰⁷ no sentido de que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu, mas poder-dever do

¹⁰⁵ Embora não haja menção expressa na Lei 9.099/95 sobre o cabimento da transação penal e da suspensão condicional do processo também em sede de ação penal privada, o entendimento jurisprudencial consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça é pela sua admissibilidade: “A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. Ressalte-se que tal aplicação se estende, até mesmo, aos institutos da transação penal e da suspensão do processo.” (STJ - HC 34.085/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 457).

¹⁰⁶ CPP - Art. 41. A denúncia ou queixa contera a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

¹⁰⁷ O entendimento jurisprudencial foi consolidado pela Terceira Seção: “PENAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 89, LEI Nº 9.099/95). TITULARIDADE. EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM ANDAMENTO. A Eg. Terceira Seção desta Corte, uniformizando orientação divergente das Turmas que a integram, assentou o entendimento de que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas uma faculdade do titular da ação penal pública. A recusa no oferecimento do *sursis* processual, em face da

órgão acusatório, conforme se verifica da Tese de nº. 3, divulgada no ano de 2018, na ferramenta “Jurisprudência em Teses”, edição nº. 96, a respeito dos Juizados Especiais Criminais¹⁰⁸, que apresenta diversos entendimentos do STJ sobre temas específicos, escolhidos de acordo com sua relevância no âmbito jurídico: “3) A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada.”.

A esse respeito, interessante trazer à baila o posicionamento de Nereu Giacomolli¹⁰⁹ sobre a suspensão condicional do processo, em que o autor defende que o instituto se insere no âmbito do direito de defesa do acusado, de forma que, preenchidos os requisitos legais, surge o direito à proposta de suspensão, sem qualquer poder discricionário do Ministério Público, mas sim verdadeiro dever legal. Para o autor, trata-se do exercício da obrigatoriedade da ação penal, apenas com a modificação provisória do curso ordinário da ação e da pretensão, que poderá se tornar definitivo com o cumprimento das condições. Em sentido semelhante, para Eugênio Pacelli, trata-se direito subjetivo do réu, nada obstante reconheça o posicionamento contrário dos Tribunais Superiores:

Assim, e do mesmo modo, acreditamos que a Lei nº 9.099/95, ao estabelecer, expressa e rigidamente, as condições cabíveis para a suspensão do processo, não reservou amplo juízo de conveniência ou de oportunidade ao órgão do Ministério Público, pela simples razão de ter o legislador, ele próprio, antecipada e previamente, declinado as hipóteses em que estariam satisfeitas as exigências de política criminal punitiva, a saber: não ter sido condenado o réu; não estar ele sendo processado; cumprir o réu os requisitos do art. 77 do CP.

[...]

Relativamente à transação penal, contudo, como vimos e ainda veremos mais detidamente, a aplicação analógica do art. 28 do CPP não impediria a compreensão do instituto (da transação) como direito subjetivo, na medida em que, recusada pelo Ministério Público a proposta de transação, seria possível ao juiz rejeitar a peça acusatória então oferecida, com fundamento na inexistência de interesse ao processo condenatório (art. 395, II, CPP), porquanto ainda aberta a via do processo conciliatório (art. 76, Lei nº 9.099/95), menos gravoso ao acusado.¹¹⁰

Outro aspecto problemático diz respeito à titularidade da proposta e à lacuna legislativa sobre a possibilidade de cabimento da suspensão condicional do processo nas ações penais

existência de outro processo em andamento contra o réu, não ofende o princípio de não culpado. Recurso conhecido e provido.” (STJ - REsp 318.745/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2003, DJ 24/03/2003, p. 261).

¹⁰⁸ STJ - “Jurisprudência em Teses”, edição nº. 96 “JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS – II”, Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%30%20N.%2096:%20JUIZADOS%20ESPECIAIS%20CRIMINAIS%20-%20II>>, acesso em 25.06.2020.

¹⁰⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. cit., p. 368-370.

¹¹⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 735-736.

privadas. Há posicionamentos a favor da viabilidade da proposta pelo querelante com a qual se concorda, como é a posição de Eugênio Pacelli¹¹¹, já referendada pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹², e argumentos contrários, que relembram a existência dos mecanismos de perdão e da preempção, mais benéficos ao imputado¹¹³.

Longe da pretensão de esgotar o assunto, tem-se que a suspensão condicional do processo constitui uma alternativa ao processo penal tradicional, através da possibilidade de resposta diversa ao comportamento delitivo que encerra a possibilidade de tratamento mais benéfico ao acusado que a ele faça jus. Como se vê, o instituto é menos polêmico que a transação penal, mas ainda há pontos de divergências doutrinárias.

Aos institutos precursores da justiça negocial penal inseridos pela Lei dos Juizados Especiais, somam-se os acordos de colaboração premiada e de leniência, configurando marcante expressão recente da tendência à ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, em que há a relativização do mínimo ético na persecução penal – a incriminação de terceiros – e distribuição da carga probatória aos próprios acusados, outrora de incumbência exclusiva do órgão acusatório.

A chamada delação premiada, de caráter nitidamente utilitário, tem origem em normativos legais que remontam a década de 80, sendo o primeiro deles a confissão, entendida inicialmente como atenuante da pena¹¹⁵. O Código Penal de 1940 foi o primeiro normativo a prever a confissão como circunstância atenuante a ser considerada pelo julgador, quando da aplicação da pena, mas em modelo bastante distinto do atual.

À época, a confissão apenas atenuaria a pena na hipótese em que não se tratasse de crime cuja autoria já fosse conhecida do Poder Judiciário e, por consequência, não fosse crime já imputado ao suspeito. Tratava-se, em verdade, de uma cooperação com o acusado, para fins de

¹¹¹ Idem, p. 548.

¹¹² O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência assentada nesse sentido: “3. O Superior Tribunal de Justiça, em remansos julgados considera crível o *sursis* processual (art. 89 da Lei nº 9.099/95) nas ações penais privadas, cabendo sua propositura ao titular da queixa-crime. 4. A legitimidade para eventual proposta de *sursis* processual é faculdade do querelante. Ele decidirá acerca da aplicação do benefício da suspensão condicional do processo nas ações penais de iniciativa, exclusivamente, privada. 5. Ordem denegada.” (HC 187.090/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

¹¹³ Nesse sentido, Maria Lúcia Karam: “[...] reservada ao ofendido a legitimação para propor a ação penal condenatória, em que deduzida pretensão fundada na alegada prática de infração penal de médio potencial ofensivo, sempre se terá, uma vez proposta tal ação a possibilidade do perdão, isto é, de renúncia ou desistência do ofendido, seu autor, quanto ao prosseguimento do processo, não se podendo tampouco esquecer da possibilidade de preempção, decorrente de sua inércia em relação a atos processuais que lhe cabe praticar.” (KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*. A concretização antecipada do poder de punir. cit., p. 169.

¹¹⁵ BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016, p. 361.

minimizar erros do Estado na identificação dos autores dos crimes investigados. Incentivava-se, pois, a cooperação, num verdadeiro escambo entre benefícios e troca de informações, em nítido caráter utilitário em benefício estatal¹¹⁶.

Foi com a reforma penal de 1984 que a confissão assumiu os contornos atuais, e passou a valer como verdadeiro benefício a qualquer acusado que se auto incriminasse, sem a exigência anterior de que a autoria fosse ignorada ou imputada a outra pessoa. Assim, passou a ser admitida em reconhecida finalidade instrumental e utilitária, sem qualquer exigência sobre a finalidade que move o agente a incriminar a si próprio, mas cabendo apenas a análise sobre os resultados úteis que a confissão agregou ao processo, sobretudo sobre a sentença condenatória.

Em seguida, a partir dos anos 90, leis esparsas passaram a instituir novo mecanismo de colaboração em crimes de coautoria. Com o expressivo recrudescimento penal através da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº. 8.072/90), foram previstos mais incentivos à cooperação dos acusados, estabelecendo causa especial de redução de pena em caso de cooperação dos partícipes muito mais vantajosa do que a atenuante oferecida como benefício à confissão.

A Lei do Crime Organizado (Lei nº. 9.034/95) primeiro instituiu algo mais próximo ao que viria a ser a delação premiada, ao prever instituto em que se exigia a colaboração do agente para levar às autoridades esclarecimentos de infrações penais e de sua autoria. Isto é, para além do mero reconhecimento dos agentes envolvidos, exigia-se informações sobre as circunstâncias que permeavam a prática delitativa em apuração. Em troca, oferecia-se a redução da pena de um a dois terços¹¹⁷.

Pouco depois, a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº. 9.613/98) inovou ao trazer não só benefícios envolvendo a diminuição de pena, mas também a possibilidade de substituição da pena ou a sua própria isenção, através do perdão judicial. Ainda, adentrou à execução penal, ao prever a possibilidade de cumprimento da pena em regime diverso daquele que seria aplicado (artigo 1º, §5º, da Lei nº. 9.613/98).

A evolução histórica da delação premiada prossegue até a edição da Lei nº. 9.807/99, que instituiu as normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, dedicando seu capítulo II aos mecanismos de proteção aos réus colaboradores. O referido normativo foi o primeiro a prever de forma mais detalhada a colaboração de corréus, com benefícios processuais e materiais estipulados normativamente

¹¹⁶ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 264-265.

¹¹⁷ BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". cit., p. 364.

ao colaborador, a depender dos efetivos resultados de seu compromisso perante o Poder Judiciário.

A delação premiada teve seu ápice na Lei nº. 12.850/2013 que instituiu o acordo de colaboração premiada¹¹⁸, como meio de obtenção de provas em persecuções penais sobre organizações criminosas, com a concessão de prêmios ao colaborador. No ponto, a diferenciação entre delação e colaboração é essencial. Segundo Tiago Bottino:

Ao contrário da delação, a colaboração premiada é realizada por meio de um acordo escrito, subscrito pelos representantes da parte acusatória, pelo suspeito ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz. Esse é um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, pois tanto as confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido. Já a colaboração, em razão do acordo escrito, permite um ajuste concreto dos benefícios e das hipóteses em que o acordo será considerado válido ou inválido. Ademais, a homologação judicial retira parte da incerteza do acordo existente na confissão e na delação, institutos que o juiz somente avalia no momento de proferir a sentença. Ao se comprometer previamente com aquelas condições, vinculam-se não apenas os limites do acordo, mas também o próprio órgão jurisdicional.¹¹⁹

Segundo Vinícius Vasconcellos, o acordo de colaboração premiada, estabelecido entre acusador e defesa, tem por objetivo o esvaziamento da posição de resistência do réu, para que se conforme com a acusação, a fim de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, com a redução das consequências sancionatórias à prática delitiva¹²⁰. Assim, trata-se de mecanismo complexo, que prevê a realização de diversos atos, como as negociações prévias, o termo do acordo, a necessária homologação judicial, e as declarações do réu colaborador, quando confessará e indicará a autoria e participação de terceiros nos delitos confessados.

O objetivo primordial dos acordos de colaboração premiada é, por excelência, garantir a maior efetividade da investigação criminal e o combate à criminalidade organizada¹²¹, justamente pela diminuta possibilidade de encontrar provas concretas de suas atividades criminosas. Nos termos da inovação legislativa da Lei nº. 13.964/2019, que trouxe alterações ao acordo de colaboração premiada, os acordos podem ser celebrados entre Ministério Público

¹¹⁸ Lei nº. 12.850/2013 – Artigo 3-A ao artigo 7º.

¹¹⁹ BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". cit., p. 365.

¹²⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 64.

¹²¹ Segundo a Orientação Conjunta 1/2018, expedida pelas 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, o acordo de colaboração premiada pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>, acesso em 14.06.2020.

e investigado, e também entre o delegado de polícia e o investigado, sempre com a presença de defensor técnico (artigo 4º, § 6º, da Lei nº. 12.850/2013¹²²).

Quanto aos prêmios oferecidos ao colaborador, para além da redução de pena e do perdão judicial, já previstos na Lei de proteção às testemunhas (Lei nº. 9.807/99), a Lei nº. 12.850/2013 estabelece a possibilidade de imunidade à persecução penal. No ponto, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia nos casos em que a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento, e desde que o colaborador não seja o líder da organização criminosa, e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração, nos termos do artigo 4º, § 4º¹²³, da referida lei.

Assim, a colaboração efetiva e voluntariamente com a investigação, nos termos do artigo 4º, da Lei nº. 12.850/2013¹²⁴, ensejará a concessão de perdão judicial, ou a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade, ou a sua substituição por pena restritiva de direitos. Por fim, as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo de todo o processo, conforme previsão legal do artigo 4º, § 5º, da Lei nº. 12.850/13¹²⁵.

Mediante o consentimento do réu em cooperar com a acusação, a fim de facilitar a persecução penal com a sua confissão e indicação de outros elementos probatórios, como a incriminação de terceiros, tem essência eminentemente processual, embora tenha reflexos no direito penal material com o estabelecimento de sanções premiaias, se considerada exitosa a cooperação do acusado e colaborador¹²⁶.

Em uma primeira comparação aos mecanismos da Lei nº. 9.099/95, a principal inovação trazida pelos acordos de colaboração premiada nos termos do artigo 3-A da Lei nº. 12.850/2013

¹²² Lei nº. 12.850/2013, art. 4º - § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

¹²³ Lei nº. 12.850/2013, art. 4º - § 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

¹²⁴ Lei nº. 12.850/2013 - Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

¹²⁵ Lei nº. 12.850/2013, art. 4º - §5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

¹²⁶ Nesse sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em um dos mais emblemáticos julgamentos a respeito do acordo de colaboração premiada: “A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.” (STF - HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016)

diz respeito à autorização legal da imposição de penas privativas de liberdade a partir do referido instrumento da justiça negociada. Ainda, não pressupõe a supressão da produção de provas: ao revés, com natureza de negócio jurídico processual, é apresentado pela legislação e pelo entendimento jurisprudencial como meio de obtenção de provas¹²⁷.

As críticas ao instituto são diversas, as quais não se pretende descer a detalhes no presente trabalho, cumprindo frisar apenas sua larga utilização no contexto jurídico-político atual em que grandes operações policiais são deflagradas rotineiramente para o combate à criminalidade organizada. Justamente em razão da expressiva utilização do instituto, a Lei nº. 13.964/2019 inseriu mudanças importantes, como a alteração da redação do § 16¹²⁸, do artigo 4º da Lei nº. 12.850/2013. Na redação atual e com amparo em precedentes do Supremo Tribunal Federal, como forma de limitar o uso exclusivo das palavras do colaborador premiado e robustecer a necessidade de corroboração de suas declarações, restou determinado que decisões atinentes a (i) medidas cautelares reais ou pessoais, (ii) recebimento de denúncia ou queixa-crime e (iii) sentenças, não podem ser proferidas com fundamento apenas nas declarações do colaborador.

Instituto semelhante ao acordo de colaboração premiada é o acordo de leniência. Inerente ao Sistema de Defesa da Concorrência, o instituto é regulado pela Lei nº. 12.529/2011, tendo por legitimado para sua proposição o Ministério da Justiça, e não o Ministério Público, como regra da colaboração premiada. O acordo de leniência assume feição híbrida, uma vez que é destinado ao afastamento de sanções penais e administrativas àqueles que colaborarem com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A ideia subjacente à leniência, assim como ao próprio acordo de colaboração premiada, é a colaboração da empresa infratora com as autoridades de defesa da concorrência, a fim de mitigar as sanções previstas em lei. Assim, conforme teor do artigo 87, da Lei nº. 12.529/2011¹²⁹, a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia sobre os crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº. 8.137/1990 e nos demais crimes relacionados à prática de cartel.

¹²⁷ Lei nº. 12.850/2013 - Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

¹²⁸ Lei nº. 12.850/2013, Art. 4º – § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória.

¹²⁹ Lei nº. 12.529/2011 - Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Também como inovação trazida pela Lei Anticrime (Lei 13.964/2019), foi inserido o acordo de não persecução cível no artigo 17, §1º, da Lei 8.429/1992, trazendo a ideia de consensualidade para a esfera da improbidade administrativa, possibilitando a conciliação antes ou após a propositura da ação de improbidade administrativa.

Apresentados os institutos que configuram expressão da justiça negocial na esfera penal já vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e suas principais considerações, a demonstrar a marcante tendência de expansão dos espaços de consenso para a solução de conflitos penais, cumpre a seguir apresentar os contornos do objeto do presente trabalho: o acordo de não persecução penal e reflexões a respeito de sua natureza jurídica.

1.3. A natureza jurídica do acordo de não persecução penal

O estudo prévio das premissas básicas do modelo negocial no processo penal contemporâneo auxilia no desenvolvimento aprofundado das problemáticas principais inerentes ao acordo de não persecução penal, sendo o primeiro deles a sua conceituação e análise de sua natureza jurídica. A partir do arcabouço teórico desenvolvido nos itens anteriores, será empreendida análise crítica sobre as vertentes doutrinárias quanto a natureza jurídica do acordo de não persecução penal, e sobre sua consonância com as garantias constitucionais que norteiam o processo penal pátrio.

O acordo de não persecução penal é a mais recente expressão da expansão dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira. Inicialmente regulado pela Resolução 181/2017¹³⁰, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi posteriormente modificado pela Resolução 183/2018¹³¹ após críticas do meio jurídico (sobretudo quanto a imprecisão dos limites de atuação do Ministério Público e ausência de controle judicial), e oficialmente inserido no Código de Processo Penal pela Lei nº. 13.964/2019 com o advento do artigo 28-A, vislumbrando-se a inserção da justiça negocial para a solução de conflitos penais envolvendo crimes de média gravidade.

As resoluções editadas pelo CNMP que inicialmente regulamentaram o ANPP dispõem sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, o que gerou questionamentos sobre a sua constitucionalidade, em razão da

¹³⁰ CNMP - Resolução 181/2017, disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>, acesso em 16.06.2020.

¹³¹ CNMP - Resolução 183/2018, disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>, acesso em 16.06.2020.

competência privativa da União em legislar sobre matéria penal e processual penal, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal¹³². Referidos normativos foram objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta tanto pela Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5793/DF), a respeito da extrapolação do poder regulamentar conferido ao CNMP, quanto pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5790/DF), sob o argumento de insegurança jurídica diante da inexistência de lei. O ponto central dos questionamentos perante a Suprema Corte foi esvaziado com a edição da Lei nº. 13.964/19, embora até o presente momento¹³³ não tenham sido objeto de decisão final.

A inserção do instrumento no direito brasileiro ocorre também em nome de interesses utilitaristas e economicistas para dar vazão aos inúmeros processos que se acumulam¹³⁴ no Poder Judiciário¹³⁵, em grande parte por culpa da própria ineficiência do sistema como um todo, falho em si mesmo, desprovido de gestão eficiente para o adequado julgamento das demandas penais, colocando em risco a efetividade de princípios duramente conquistados que fundamentam o processo penal brasileiro. Em procedimento final de estudos que deram origem a Resolução nº. 181/2017, o CNMP aponta como razões para a sua edição o princípio da eficiência e a opção constitucional pelo sistema acusatório, o que daria arrimo para a radical mudança na condução das investigações criminais a possibilitar a criação do acordo de não persecução penal:

Diante dessas razões, é que esta Comissão entende que, com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria: a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto

¹³² CF/88 - Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

¹³³ Em 09.06.2020, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator, encaminhou a ADI 5790/DF para que a AMB se manifeste sobre a entrada em vigor da Lei nº. 13.964/2019, ainda pendente de cumprimento até 15.06.2020. Ainda, na presente data de 15.06.2020, a ADI 5793/DF está sob exame de Sua Excelência.

¹³⁴ “Diante da realidade implacável que envolve a atuação jurisdicional, especialmente limitada por questões estruturais, a falta, por vezes, do instrumental material adequado, aliada às injunções jurídicas e até econômicas, que compõem o quadro de restrições quanto ao dinamismo da prestação desta espécie de serviço público, formam a base do dilema conflituoso interno da instância jurisdicional” (SUXBERGER, Antonio H.G.; LIMA, José W.F. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. cit., p. 288).

¹³⁵ Nesse sentido, em 30.01.2020, após a entrada em vigor da Lei nº. 13.964/2019, foi realizada apresentação sobre o acordo de não persecução penal pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, na qual o título era: “ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.”. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes>>, acesso em 11.06.2020.

de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais.¹³⁶

A intenção explícita da instituição do acordo de não persecução penal é reduzir o enorme acervo de procedimentos penais que abarrotam a já colapsada justiça criminal, através de mecanismos alternativos ao processo penal, como o é a solução consensual do ANPP. A partir do consenso com o acusado e a concessão de benefícios pelo não oferecimento de denúncia e redução de pena, o instituto permite soluções mais céleres e efetivas, o que culmina na própria concretização antecipada do poder de punir, conforme já se demonstrou com trecho do procedimento final de estudos¹³⁷ que originou a Resolução 181/2017. Sua utilização é incentivada tanto pelo CNMP, quanto pela Corregedoria Nacional do Ministério Público, conforme se verifica da Recomendação Conjunta nº 2/2018:

Art. 5º. Para fins de avaliação, orientação e fiscalização pela Equipe Correicional, será considerada a eficiência funcional da atuação do membro ou da unidade correicionada ou inspecionada, aferindo-se, entre outros, os seguintes aspectos:

[...]

V- utilização de mecanismos de resolução consensual, como a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, as convenções processuais, os acordos de resultado, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução dos conflitos, das controvérsias e dos problemas.¹³⁸

São variados os argumentos expostos por aqueles que se posicionam favoráveis ao acordo de não persecução penal: a necessidade de se garantir resposta eficiente às exigências sociais de prevenção, repressão e ressocialização¹³⁹, a grande quantidade de processos criminais em trâmite, com o iminente colapso do Poder Judiciário, a inserção de alternativas ao burocrático e estigmatizante processo penal, os altos custos financeiros de um processo criminal, a possibilidade de reparação do dano e valorização do papel da vítima¹⁴⁰.

¹³⁶ CNMP, Pronunciamento final no Procedimento de Estudos e Pesquisas 1/2017, p. 32. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf>, acesso em 04.06.2020.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Conselho Nacional do Ministério Público e Corregedoria Nacional do Ministério Público – Recomendação Conjunta nº 2/2018 –. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/recomendacao_dois.pdf>, acesso em 15.06.2020.

¹³⁹ CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. cit., p. 31.

¹⁴⁰ Nesse sentido, dentre outros: ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. cit., p. 286; BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. cit., p. 35-36; BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. cit., p. 125; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 85; MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal – teoria e prática*. cit., p. 53; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. pp. 111-133. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p.129.

A prometida desburocratização do sistema de justiça criminal é necessária e desejada, mas tal como outros mecanismos consensuais no processo penal, o instituto encerra em si alguns questionamentos de ordem constitucional, sobretudo quanto à sua conformação com as garantias que orientam o processo penal pátrio¹⁴¹. A louvável busca por um prazo razoável para a tramitação do processo¹⁴² e por alternativas à estigmatização dos acusados em processo penal contrasta com as questionáveis relativizações e renúncias de direitos fundamentais em acordos afetos a imputações penais, com a imposição de uma pena (condições) sem o devido processo e todos os direitos a ele inerentes.

As críticas quanto à tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro são ferrenhas, sobretudo quanto à sua conformação com a base constitucional principiológica. Para Soraia Mendes, o ANPP constitui instrumento violador das garantias fundamentais, significando a vulneração estatal ao acusado que não possa dispor devidamente de defesa técnica, de caráter nitidamente inquisitório¹⁴³.

Admitindo-se a inevitável expansão da justiça negocial na seara penal no contexto mundialmente considerado¹⁴⁴, e recentemente observada no Brasil através do ANPP, há que se empreender reflexões críticas sobre o instituto, a fim de verificar pontos de melhora para sua harmonia com o Estado Democrático de Direito, para que a justiça negociada na esfera penal equilibre os interesses pela maior eficiência às garantias inarredáveis aos acusados – a chamada “postura de redução de danos”¹⁴⁵.

De início, reafirma-se que as iniciativas de inserir na legislação mecanismos que permitam a mitigação do mito da obrigatoriedade da ação penal são elogiáveis, desde que não impliquem em aumento da população carcerária – o que não é o caso do ANPP, que apenas possibilita a imposição de medidas não privativas de liberdade –, e desde que não implique em

¹⁴¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021, p. 292.

¹⁴² Segundo o Relatório Justiça em Números 2019, principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Justiça Estadual o tempo médio de tramitação de uma ação criminal no primeiro grau é de 3 anos e 10 meses. Na esfera Federal, a primeira instância leva em média 2 anos e 3 meses para analisar um processo criminal. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>, p. 163, acesso em 15.06.2020.

¹⁴³ “De tudo o que dissemos até aqui é solar que o acordo de não persecução penal viola as garantias fundamentais ao devido processo legal e ao *nemo tenetur se detegere*; significa, na vida cotidiana da justiça brasileira, um ato de vulneração estatal à pessoa acusada na medida em que não for assistida devidamente por defesa técnica (que para cidadãos e cidadãs com renda inferior a 3 salários-mínimos é, por direito, a defensoria pública); e, por fim, representa uma excecência inquisitorial em tempos que se tem tentado afirmar o sistema acusatório.” (MENDES, Soraia da Rosa. Martínez, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 68).

¹⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. cit., p. 240.

¹⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 54.

violação de direitos fundamentais. Em artigo sobre o requisito da confissão para a celebração do ANPP, Vinícius Vasconcellos e Dimas Reis apontam a potencial violação a direitos fundamentais mediante a expansão da justiça negocial penal: “essa expansão da justiça penal negocial não deve ser aplicada e interpretada acriticamente, pois a busca por maior celeridade e efetividade da persecução penal, se dissociada do devido processo legal e dos direitos fundamentais do cidadão frente à persecução penal, pode colocar em xeque todo um sistema de garantias processuais de um Estado Democrático de Direito”¹⁴⁶.

Sobre este último aspecto, necessário assumir que tais garantias são colocadas em risco com a antecipação do poder de punir sem o devido processo legal, em procedimento sujeito a alto grau de subjetividade do *parquet*, sendo este o principal ponto de fragilidade do ANPP, do qual decorrem os demais questionamentos. Pensa-se, contudo, que as vantagens obtidas com a solução consensual devem ser sopesadas pelo acusado e sua defesa técnica, consideradas a autonomia da vontade e o poder de disposição. Assim, é preciso encarar os pontos de fragilidade do instituto, para então se apresentar soluções para o seu aprimoramento, e não negar a possibilidade de sua aplicação.

Igualmente louvável é a abertura legislativa para a composição de crimes que, embora de pena mínima abstrata mais alta e bem jurídico protegido mais relevantes – como o crime de corrupção, por exemplo –, podem oferecer hipóteses resolutivas de menor complexidade, desde que mediante critérios claros previstos em lei e em normas internas do órgão de acusação, com pressupostos objetivos e hipóteses restritas, a fim de evitar “decisionismos” subjetivistas tendentes a impor violações a preceitos fundamentais e cultivar o tratamento isonômico que se espera.

O direito processual penal não tem como missão servir de instrumento para a punição de desvios dos cidadãos – para fornecer resposta “eficiente” à sociedade –, antes compreende conjunto de normas jurídicas que regulam e limitam o poder de punir do Estado¹⁴⁷. É exatamente nesse contexto que a expansão da justiça negocial na esfera criminal, revelada pela inserção do novo acordo de não persecução penal, expõe fragilizações dos preceitos do processo penal democrático vigente no Estado Democrático de Direito em nome de imprimir maior celeridade na solução de casos penais¹⁴⁸.

¹⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 292.

¹⁴⁷ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 257.

¹⁴⁸ A respeito da almejada celeridade processual, Antonio Suxberger e José Wilson Lima criticaram a inclusão do artigo 394-A, no Código de Processo Penal, que inseriu a crença de que a prioridade de tramitação a processos sobre crimes mais graves, como os hediondos, pudesse conferir mais brevidade à solução dos casos, sem considerar

Em estudo sobre a barganha, Vinícius Vasconcellos expõe crítica fundamentada no sentido de que a aceitação de acordos entre acusação e defesa, com a confissão do acusado e aplicação imediata de sanções, antecipando-se eventual desfecho condenatório sem que sequer provas sejam produzidas pelo responsável pela imputação em uma fase instrutória¹⁴⁹, não só aniquila a tradicional posição de resistência do acusado, como traz a confissão para um lugar em que ocupou durante o período inquisitório – como a rainha das provas –, em retrocesso a um momento já superado doutrinariamente¹⁵⁰.

O contraditório desaparece¹⁵², dando lugar à preponderância dos elementos produzidos em investigação preliminar, dada como suficiente à formação do convencimento do *parquet* para a abreviação do processo penal e imediata imposição de sanções, submetidas a seu juízo de conveniência e oportunidade. Há aqui um protagonismo inegável do órgão ministerial, ao qual incumbe não só verificar o cabimento da propositura do acordo no caso em concreto, mas também definir as condições – verdadeiras penas criminais¹⁵³ – a serem cumpridas pelo imputado, tudo a ser chancelado pelo Poder Judiciário, o que implica desvirtuação do sistema acusatório.

Na mencionada obra de Vinícius Vasconcellos sobre a barganha, após o estudo aprofundado sobre o tema, o autor expõe que as justificativas apresentadas para os mecanismos de barganha e de negociação entre acusação e defesa são questionáveis, incapazes de fundamentar legitimamente a compatibilidade com os pressupostos do processo penal

“o contrafluxo das questões internas da própria persecução criminal, anteriores ao processo judicial, e que se articulam, prevalentemente, à ordem administrativa das instituições policiais, que carecem de uma adequada organização dirigida para a obtenção de fins, insuficiência de recursos e tecnologias etc.”, o que implicaria em uma medida não só irracional, mas também “pouco funcional, pouco eficiente e minimamente garantista”. (SUXBERGER, Antonio H.G.; LIMA, José W.F. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. cit., p. 281 e p.290)

¹⁴⁹ “Também, a gestão da prova às partes torna-se inócua, visto que a carga probatória não recai sobre o acusador, considerando-se que a condenação dispensa a comprovação plena do delito e de sua autoria, e que o acusado é obstruído de desenvolver sua defesa, em violação ao contraditório.” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº. 953, p. 261-279, mar. 2015, p. 274).

¹⁵⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 24-25.

¹⁵² No ponto: “o contraditório no processo penal, dada sua importância, deve ser pleno e efetivo, não sendo suficiente que se dê a possibilidade formal de se pronunciar contra os atos da parte contrária, caso não sejam proporcionados os meios para que se tenha condições reais de contradizê-los.” (AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 272).

¹⁵³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 822; FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 288.

democrático¹⁵⁴. Assim, sobre o cenário de expansão da justiça penal negocial, concorda-se com a posição do referido autor e Nereu Giacomolli, em artigo sobre a temática:

Esse fenômeno representa propensão contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, por meio do seu reconhecimento da culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros, visando facilitar a atividade acusatória ao afastar o imperativo de comprovação integral dos fatos incriminatórios – a partir de provas lícitamente produzidas pelo acusador público – e anular a postura defensiva de resistência à denúncia.¹⁵⁵

Quanto ao argumento de que a sociedade anseia respostas rápidas e céleres aos processos penais que se acumulam no Poder Judiciário, em artigo já citado no presente trabalho, Aury Lopes Jr. consignou dura crítica à pressão para que juízes decidam no menor tempo possível o processo penal, como se o “tempo do direito” fosse o mesmo conferido pelos meios de comunicação atuais. Nada obstante o trabalho tenha sido escrito em 2002, pouco depois da entrada em vigor da Lei nº. 9.099/95 com a efetiva criação dos Juizados Especiais Criminais, o posicionamento firme se amolda ao ANPP.

O autor traz às claras que tal raciocínio utilitário-eficientista se olvida que cada processo penal instaurado é capaz de selar o destino de um cidadão individualmente considerado, com repercussão em sua esfera social e também de modo abrangente em toda sociedade, tanto quando se encaminha para a sua devida responsabilização penal, quanto na hipótese em que merecida a sua absolvição, a fim de evitar arbitrariedades no exercício do poder de punir estatal:

Mas a velocidade da notícia é completamente diferente da velocidade do processo, ou seja, existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E esse é o grande entrave: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo. Nesse contexto, o processo deve ser rápido e eficiente. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar). [...]
Os juízes são pressionados para decidirem “rápido” e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais “acelerados”, esquecendo-se que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar as necessárias maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de atropelar os direitos e garantias do acusado.¹⁵⁶

Noutro giro, outro ponto de questionamento diz a respeito ao argumento da redução dos custos financeiros do processo penal tradicional. A questão não parece ser tão simples, vez que

¹⁵⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*, p. 84.

¹⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, set./dez. 2015, p. 1111.

¹⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência garantista.*, cit. pp. 115-116.

o ANPP pressupõe a realização de uma série de atos procedimentais envolvendo todos os atores do processo penal, o que também demanda custos operacionais, com recursos humanos e financeiros dos envolvidos: a acusação é acionada para as tratativas e formalização do acordo com a defesa, assim como o juízo competente, no qual será realizada análise dos termos do acordo e audiência para sua homologação ou devolução para que o *parquet* reformule a proposta, além da participação do juízo da execução para acompanhar o cumprimento das sanções pactuadas, nos termos do art. 28, § 6º, do CPP¹⁵⁷.

Ainda, é ponto polêmico a imposição de sanção antecipada no ANPP – há posições doutrinárias no sentido de que seriam verdadeiras penas criminais¹⁵⁸ –, unicamente a partir da confissão do acusado¹⁵⁹ e de indícios amealhados ao longo de um procedimento investigativo que nem sempre confiável – cujos problemas já destacamos no tópico anterior –, em que o exercício do direito à ampla defesa é limitado, além da confissão do acusado, sem a produção de provas submetida ao contraditório e ampla defesa que fundam o processo penal. Nesse sentido, Vinícius Vasconcellos e Dimas Reis apontam para a “banalização da assunção de culpa”, e afirmam: “pode-se aventar o fracasso do aparato estatal de persecução penal, que tem de se valer da palavra do jurisdicionado, naturalmente fragilizado, para obter o reconhecimento de sua “culpabilidade”. No cenário do ANPP, tal como exposto no *caput* do art. 28-A, a produção probatória na fase processual passa a ser prescindível, bastando que o acusado confesse.”¹⁶⁰

A crítica de Luís Greco à crescente institucionalização do acordo na justiça penal alemã sintetiza a questão:

O segundo maior ataque ao equilíbrio do modelo original da RStPO é dado pela crescente institucionalização do acordo na justiça penal alemã. Schünemann enxerga no acordo uma quebra de todos os princípios com base nos quais se assentava o

¹⁵⁷ CPP, art. 28-A – § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

¹⁵⁸ Nesse sentido: “[...] Mas há uma explicação possível. Como compete o procedimento de *acordo de não persecução implica a aplicação de pena criminal* mesmo, a reserva da homologação das sanções impostas no acordo ao juiz implicaria também a competência para o exame das circunstâncias de dosimetria da penal, em especial no ponto em que se exige que a imposição seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, tal como, aliás, disposto no art. 59, CP.” (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 822 – grifos nossos); BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 187-189. Em sentido contrário, Antônio Suxberger: “É certo que, como destacado na seção anterior, o acordo de não persecução implica a fixação de medidas assemelhadas a penas restritivas de direitos. Mas, dada a ausência de um juízo de culpa formalizado em juízo e por conta da ausência de jurisdicionalidade, ao menos do ponto de vista estritamente jurídico, não se trata de pena.” (SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. 1. ed. Brasília: Fundação Escola, 2019, p. 112).

¹⁵⁹ Sobre a confissão no ANPP: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021.

¹⁶⁰ Idem, p. 295.

equilíbrio idealizado pela RStPO: a audiência deixa de existir; o juiz se convence com base na leitura do inquérito, isto é, com base numa prova construída unilateralmente e em possibilidade de defesa, o que contraria a ideia de oralidade, publicidade, imediatez; não interessa mais a verdade material, o que realmente fez ou não fez o acusado (o que é o núcleo da objeção desenvolvida no artigo sobre o processo penal norte-americano); e, principalmente, nega-se a posição de sujeito processual do acusado, que é coagido a renunciar a seus direitos de defesa, sob ameaça de uma sanção mais severa.¹⁶¹

Ainda, na experiência norte-americana com o *plea bargaining*, cujas peculiaridades não serão objeto do presente estudo, muito se discute sobre riscos de que, para incentivar o êxito da “negociação”, sejam ocultadas questões fundamentais da investigação que favoreceriam o acusado, que poderiam levar a decidir pelo enfrentamento do processo penal tradicional¹⁶², ou a utilização de provas ilícitas como instrumento de pressão para que o acusado aceite o acordo. Dados os pontos de semelhança entre os institutos do *plea bargaining* e do acordo de não persecução penal, convém voltar olhares aos problemas já identificados na prática estadunidense como rota de aprendizagem para a aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil.

Trata-se de sistema que ganhou relevância a partir do século XIX, com a consolidação de sua utilização para solucionar a maioria dos casos penais nos Estados Unidos da América ao longo do século XX¹⁶³. O *plea bargaining* consiste, em análise superficial, em procedimento em que o Ministério Público e o acusado podem chegar a um acordo em que abrirá mão de um julgamento através do *full trial*, em troca de um almejado tratamento mais benéfico, submetido à aprovação do juiz, cujo sucesso depende do poder de barganha de cada um dos atores envolvidos – advogado e promotoria.

O acordo largamente utilizado no direito penal norte-americano apresenta diferentes margens de possibilidade de negociação: podem ser negociadas a acusação em si (*charge bargaining*), a sua quantidade (*count bargaining*), os fatos imputados (*fact bargaining*), e a própria sentença (*sentence bargaining*). Há, ainda, uma variação da *plea bargain*, o chamado *nolo contendere*, quando o acusado declara que aceita a culpa, mas após negociar com a promotoria e o juiz que a confissão judicial não terá efeitos civis – isto é: trata-se de uma *plea bargaining* sem admissão de responsabilidade civil¹⁶⁴.

¹⁶¹ GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.), *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. ct., p. 17.

¹⁶² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 81.

¹⁶³ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. Stanford, Calif., Stanford University Press, 2003, p. 223.

¹⁶⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. cit., p. 125-126.

A principal diferença entre a *plea bargaining* e o acordo de não persecução penal é que no direito estadunidense a barganha implica em condenação definitiva – não importando em julgamento (*full trial*) em caso de eventual descumprimento, como o ANPP –, e pode ser aplicado, em geral, a qualquer delito, a depender do poder de convencimento da defesa junto ao Ministério Público¹⁶⁵. Há semelhanças, como a renúncias do réu a direitos constitucionais, a exemplo da renúncia ao direito a julgamento pelo tribunal do júri e ao direito de não se autoincriminar. O instituto é fonte de polêmicas mundo afora, e as críticas merecem atenção minuciosa para que o processo penal brasileiro consiga evitar (ou ao menos minorar) possíveis violações já conhecidas.

Embora sejam institutos distintos¹⁶⁶, com diversas premissas e diferentes princípios estruturantes dos respectivos sistemas, há certa influência do sistema anglo-saxão e de outros mecanismos negociais estrangeiros para a inserção do ANPP no cenário brasileiro¹⁶⁷. Um dos maiores críticos do sistema norte-americano, Bernd Schünemann, já reconheceu a expansão da justiça negociada empreendida no sistema do *common law* em escala mundial, e criticou arduamente o sistema importado dos Estados Unidos para muitos países, como a Alemanha, bem como a tendência de expansão para países da América Latina¹⁶⁸.

No artigo intitulado “Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano”, o jurista sintetizou suas objeções em relação ao instituto do *plea bargaining*, do qual se extrai o seguinte excerto, aplicável ao presente estudo sobre o acordo de não persecução penal como

¹⁶⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 70.

¹⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 293.

¹⁶⁷ A esse respeito, Vinicius Vasconcellos aborda em artigo a problemática do “transplante” e das “importações” das influências recíprocas entre os modelos processuais estrangeiros (francês, estadunidense, alemão, português e italiano) e, em conclusão, aponta: “A partir das problematizações apresentadas e premissas assentadas, percebe-se que há um cenário internacional de relações e influências entre países, e seus sistemas processuais penais, tendente à introdução generalizada e à expansão de mecanismos negociais, como a barganha e a colaboração premiada. É inquestionável o fato de que inúmeros sistemas jurídicos se direcionam ao fortalecimento da justiça criminal negocial, incentivados, inclusive, por tratados internacionais que propagam a ampliação de tais mecanismos no direito interno dos países signatários.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020)

¹⁶⁸ São exemplos claros do posicionamento do autor os artigos: “Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano” e “Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação”, ambos In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.), *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. cit. pp. 240-261 e 298-323, respectivamente.

alerta para que se extraia ensinamentos dos equívocos já vislumbrados na experiência estrangeira¹⁶⁹:

As objeções em relação ao instituto processual do *plea bargaining* são de tamanha gravidade e amplitude, de modo que eu não poderia expô-las exaustivamente nem ao menos em um artigo à parte. Crucial é a injustiça perante aquele réu que luta por provar sua inocência. Patente também é a pressão exercida sobre o acusado, intolerável à luz do estado de direito. Por fim, não há de se omitir o notório dilema existente entre uma benevolência desproporcionalmente grande conferida ao acusado e a mera simulação de uma drástica diminuição de pena.

Dada a abrangência razoavelmente ampla dos tipos penais englobados, o advento do ANPP tem potencial para modificar substancialmente o sistema processual penal brasileiro, o que encerra a necessidade de vários debates sobre seus limites e alcances, sobretudo em razão da redação aberta do dispositivo legal, o que certamente terá reflexos no entendimento jurisprudencial que irá se formar. Nesse contexto, insere-se a necessidade de análise da natureza jurídica do instituto, sobre a qual a doutrina apresenta duas perspectivas principais: enquanto negócio jurídico que veicula política criminal do Ministério Público, em exercício do princípio da oportunidade, e enquanto direito subjetivo do acusado, na hipótese em que atendidos os requisitos previstos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, sem margem de discricionariedade para a definição dos casos elegidos para a propositura do acordo pelo órgão acusatório.

Em atenção às críticas já apresentadas neste capítulo, em que não se descarta da tendência irreversível de ampliação dos espaços de consenso no direito penal, mas sim se pretende caminhar para a construção de condições que preservem garantias mínimas a impedir o completo esvaziamento do processo penal democrático, o mais benéfico aos acusados seria tratar o acordo de não persecução penal como direito subjetivo à disposição do acusado, com a definição legal rígida das hipóteses cabíveis e das possíveis condições aplicadas, sem espaço para o juízo de conveniência ou de oportunidade ao órgão do Ministério Público.

Exatamente nesse sentido, embora argumentando tratar-se de norma de natureza penal (e não processual), João Paulo Orsini Martinelli e Luís Felipe Sene da Silva, defendem ser o ANPP direito subjetivo do acusado:

Noutro turno, outra decorrência de se classificar o dispositivo como uma norma penal é que, por estar diretamente relacionado com a pretensão acusatória, o oferecimento do ANPP, assim como ocorre nos casos da transação penal, constitui um direito público subjetivo do réu. É direito do acusado receber uma proposta de acordo e analisá-la, uma vez que, se vantajosa, poderá ter como efeito final a própria extinção

¹⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.), *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. cit. p. 252.

daquela pretensão acusatória. Também pode o acusado recusar a proposta caso decida enfrentar a acusação no processo.¹⁷¹

De modo semelhante, Francisco Barros entende ser o ANPP direito fundamental por estar intimamente relacionado à garantia do *status libertatis* do autor do delito:

Inicialmente, é necessário observar que o propósito do acordo de não persecução penal é conferir ao acusado um procedimento alternativo que impeça a deflagração de um processo judicial e, por consequência, traga a não aplicação de pena privativa de liberdade como principal reflexo na esfera individual do autor do delito.

Dessa forma, devemos atentar para o fato de que a proposta de não persecução penal, sob uma perspectiva constitucional, é um direito fundamental, por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Pois bem, sendo o instituto da proposta de não persecução penal tema diretamente ligado à garantia do *status libertatis* do autor do delito, não resta outra conclusão senão seu reconhecimento como direito fundamental.¹⁷²

Não se discorda do posicionamento de que se trata de instituto ligado umbilicalmente ao direito de liberdade, de modo que classificar o instituto do ANPP como um direito subjetivo seria decorrência lógica, e que garantiria maior proteção ao acusado. Todavia, a questão esbarra na principal premissa do sistema acusatório: entender o ANPP como um direito subjetivo implicaria na possibilidade de que o Poder Judiciário o concedesse à revelia do posicionamento do Ministério Público. A problemática é que, nestes termos, o órgão judicante avançaria em papel de titularidade exclusiva do órgão de acusação, único incumbido do múnus público de intentar a ação penal. Nesse sentido é a lição de Gustavo Badaró:

Quanto à sua *natureza jurídica*, o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico processual penal entre investigado e Ministério Público, que substancialmente constitui um acordo sobre pena, em que se aceita o cumprimento de uma pena restritiva de direitos, com benefício de sua redução, em troca de se abrir mão do processo.

Não será correto considerar que, uma vez satisfeitos o pressuposto e os requisitos do art. 28-A do CPP, bem como não havendo qualquer das vedações do § 2º do mesmo artigo, se trata de direito público subjetivo do acusado. A consequência disso seria que, em tal condição, o Ministério Público não pode deixar de formular a proposta. E, se houvesse a sua recusa em propô-la, deveria o juiz, de ofício, formular proposta de não persecução. O juiz não participa da investigação e não pode dispor de um direito que, por força do inciso I do *caput* do art. 129 da CR, é exclusivo do Ministério Público.¹⁷³

¹⁷¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. pp. 51-75. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 70.

¹⁷² BARROS, Francisco Dirceu. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. pp. 59-110. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 73.

¹⁷³ No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 187-188.

Nada obstante a jurisprudência dos Tribunais Superiores ainda não tenha se firmado em definitivo sobre o tema, em caso recentemente apreciado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal já se compreendeu que não há direito subjetivo do acusado a realizar o acordo de não persecução penal, que constitui uma opção fundamentada do órgão acusatório entre oferecer a denúncia e realizar o acordo, nos termos da política criminal adotada pela instituição¹⁷⁴.

Não se descarta que o Poder Judiciário pode e deve intervir em casos de ilegalidade patente¹⁷⁵. Entende-se que, preenchidos os requisitos legais, o imputado tem direito a uma manifestação *fundamentada* do órgão acusatório, seja pela propositura do acordo, ou que apresente as razões pela sua inaplicabilidade¹⁷⁶. Há mesmo que se controlar a legalidade do ato de recusa em oferecer o benefício pelo Ministério Público, a própria legislação assim o prevê no §14 do artigo 28-A, quando contempla a possibilidade de remessa ao órgão superior competente. Este tema será tópico para os capítulos subsequentes. A questão chave é: pode o juiz conceder o ANPP à revelia do Ministério Público? Tal possibilidade não se amolda ao sistema acusatório¹⁷⁷.

Ainda, a legislação processual penal tal como posta atualmente não contempla rol taxativo, com hipóteses restritas e bem delimitadas para a definição dos casos a serem resolvidos pela via consensual do acordo de não persecução penal, não permitindo falar-se em direito subjetivo do acusado¹⁷⁸. Ao revés, dentre as inovações trazidas pela Lei nº. 13.964/19

¹⁷⁴ “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.” (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)

¹⁷⁵ RESENDE, Augusto César Leite de. *Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias.*, cit., p. 1567.

¹⁷⁶ Nesse sentido, Vladimir Aras: “O ANPP, a suspensão condicional do processo e a transação penal não constituem direitos subjetivos do acusado, mas sim faculdades postas à disposição do Ministério Público para fins de política criminal, no exercício da ação penal, informada pelo princípio da oportunidade. São negócios jurídicos bilaterais, que dependem de anuência de ambas as partes. Contudo, o investigado, o denunciado ou o autor do fato têm direito subjetivo a uma manifestação fundamentada, negativa ou positiva, do Ministério Público quanto aos institutos do art. 28-A do CPP ou dos arts. 76 e 89 da Lei n. 9099/1995. Tais soluções processuais, que devem resultar do acordo de vontades das partes e da conformidade, constituem meras expectativas de direitos, inclusive porque dependem de homologação judicial para adquirirem eficácia.” (ARAS, Vladimir. *O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019*. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. São Paulo, JH Mizuno, 2020, p. 207).

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 187-188.

¹⁷⁸ Nesse sentido, José Henrique Kaster Franco: “Deveriam, assim, ter sido previstas formas de coibir injustiças provenientes do não oferecimento do ANPP, leia-se, possibilidade de o agente se antepor ao fato de lhe terem sido obstados vários benefícios penais. A lei tratou como faculdade aquilo que deveria ter tratado como direito

ao ANPP anteriormente regulamentado pela Resolução nº. 181/17, do CNMP, destaca-se critério razoavelmente aberto inserido para a proposição do acordo pelo Ministério Público.

No *caput* do artigo 28-A, do CPP, constou como condicionante para a realização do acordo a análise pelo órgão acusatório segundo “seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. O próprio normativo aponta para a natureza jurídica de verdadeiro negócio jurídico processual – em razão de seus efeitos processuais, embora não se desconheça os efeitos materiais advindos do ANPP – ao prever que “o Ministério Público poderá *proponer* acordo de não persecução penal”, e submetido ao juízo de oportunidade do Ministério Público – desde que sejam estabelecidas limitações legais para tal exercício, uma oportunidade regulada, portanto.

Nada obstante, os princípios constitucionais que orientam o processo penal impõem a imprescindibilidade de que a decisão ministerial pela formalização ou não das tratativas negociais do ANPP com a defesa sejam devidamente motivadas e orientadas por critérios legais específicos, a fim de que a decisão não seja submetida meramente a um juízo meramente subjetivo – embora a legislação atual à primeira vista pareça conferir amplo poder discricionário ao órgão acusatório. Isso porque incumbe ao Ministério Público, enquanto titular exclusivo da ação penal, a análise da possibilidade de aplicação do referido instituto ao caso concreto, considerando as suas peculiaridades e subsunção aos critérios legais, desde que o faça de forma fundamentada.

De forma analógica, o entendimento do ANPP enquanto negócio jurídico processual submetido a critérios legais e imprescindível fundamentação, que encerra um poder-dever do Ministério Público quando preenchidos os requisitos legais, alinha-se à jurisprudência dos Tribunais Superiores a respeito dos institutos previstos na Lei nº. 9.099/95, também inerentes ao conceito de justiça penal negocial. Como se verificou do tópico anterior, o Superior Tribunal de Justiça assentou que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado (“Jurisprudência em Teses”, Edição nº. 96, tese nº. 3), mas sim um poder-dever do Ministério Público, o que reforça a necessidade de que o órgão acusatório analise a possibilidade de aplicação do instituto de forma fundamentada.

Ainda, à luz do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da suspensão condicional do processo, no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário conceder os benefícios

subjetivo.” (FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 296).

da Lei 9.099/1995 à revelia do titular da ação penal, conforme enunciado sumular n.º. 696¹⁷⁹, de forma analógica, entende-se que, uma vez reunidos os pressupostos legais permissivos do ANPP, mas se recusando o *parquet* motivadamente a propô-lo, o juiz, se dissentir, poderá remeter a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o artigo 28, do Código de Processo Penal¹⁸⁰, embora o Pacote Anticrime não tenha trazido expressamente a possibilidade, apresentando apenas a possibilidade de que o investigado assim o pleiteie (§14, art. 28-A, CPP).

Em ambos os casos a palavra final será do órgão acusatório, ressaltando o caráter de negócio jurídico do ANPP, não sendo passível de imposição, mas sim dependente do consenso entre as partes. Defende-se, assim, ser posição mais acertada compreender o instituto de natureza consensual, bilateral, que encerra um poder-dever do órgão acusador – único legitimado para a sua propositura – de fundamentar sua decisão pelo oferecimento ou não do acordo, a fim de permitir o exercício do contraditório e ampla defesa pela defesa.

O dever de fundamentação é essencial tanto para os casos em que as tratativas tenham êxito, quanto para aqueles em que o órgão ministerial se recuse à formalização do acordo¹⁸¹, a fim de permitir a efetiva atividade fiscalizatória do Poder Judiciário no sentido de coibir eventuais excessos ou desvirtuação do instituto¹⁸². Isso porque ao submeter o pedido de homologação do ANPP ao juízo competente, nos termos do artigo 28-A, §4º, do CPP, a motivação do ato permite o controle pelo juízo competente, com a demonstração da efetiva presença de justa causa, da transparência e lisura das tratativas, bem como da racionalidade das condições pactuadas.

Igualmente essencial que o Ministério Público fundamentadamente aponte as razões de sua recusa ao ANPP no caso concreto, de modo a permitir que tanto o juízo competente, quanto

¹⁷⁹ Súmula n.º. 696/STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

¹⁸⁰ CPP – Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. § 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

¹⁸¹ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 207.

¹⁸² Conforme o teor do art. 28-A, §§4º e 5º, do CPP, entende-se que a legislação impõe ao Poder Judiciário o dever de fiscalizar o acordo de não persecução penal a fim de coibir abusos: “§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.” e “§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.”.

a defesa, possam dissentir da motivação apontada, a permitir a impugnação perante o órgão ministerial revisional das razões apontadas¹⁸³. Percebe-se, assim, que a legislação processual penal a respeito do ANPP aponta para a impossibilidade de considerá-lo direito subjetivo do acusado, vez que, se assim o fosse, na hipótese de recusa ministerial à formalização do acordo, poderia o juízo competente agir *ex officio*.

Diante da opção pelo sistema acusatório e sua base de sustentação na separação entre as funções, tal hipótese não parece adequada, no sentido de que é inviável que o magistrado imponha ao titular da ação penal o oferecimento de uma proposta de solução consensual ao investigado, ou que conceda os benefícios do acordo unilateralmente, para além do contexto da justiça penal negocial em se insere o instrumento, que pressupõe a bilateralidade.

Nesse sentido, ao analisar a previsão do ANPP constante da Resolução 181/2017 do CNMP, Américo Bedê Freire Junior, embora se filie à corrente daqueles que entendem tratar-se de direito subjetivo, corrobora a necessidade de fundamentação por parte do Ministério Público nas hipóteses em que não houver o oferecimento do acordo:

A regulamentação do consenso é incompatível com o arbítrio por parte do MP. Se estiverem presentes as hipóteses legais do acordo e a parte denunciada pretende fazer jus ao mesmo, deve o magistrado, antes do recebimento da denúncia, exigir que o MP justifique o não oferecimento da medida alternativa ao processo. [...]

Na hipótese de o juiz somente ser informado, pela defesa do réu, que não foi ao mesmo oportunizado, de modo injustificado, o direito ao acordo de não persecução, o magistrado deveria intimar o Ministério Público para esclarecer as razões de tal conduta. Não sendo as razões justificáveis, deve o juiz adotar a mesma lógica da suspensão condicional do processo (naquelas situações em que o MP se recusa a ofertá-la, embora o réu preencha seus requisitos), ou seja, aplicar o artigo 28 do Código de Processo Penal.¹⁸⁴

Com arrimo no entendimento jurisprudencial sobre os institutos consensuais previstos na Lei nº. 9.099/95, conforme exposto no tópico anterior, Renee Souza e Patrícia Dower, em sentido semelhante, entendem que o acordo de não persecução penal configura “solução de comprometimento, de consenso, e não direito subjetivo do investigado”, e justificam a necessidade de participação ativa das partes para o consenso:

¹⁸³ No mesmo sentido é o posicionamento de Leonardo de Bem e de Viviane de Bem: “Por outro lado, a ausência de parâmetros para justificar certa escolha subjetiva impeditiva do acordo, ou ainda a negativa infundada, acarretam, cada qual, possível arbitrariedade. O máximo que o investigado pode fazer é requerer a remessa dos autos ao órgão superior do próprio Ministério Público que, entre as opções, pode insistir na não formulação do acordo. Para fazer valer o contido no § 14 do art. 28-A do CPP, o membro do Ministério Público não poderá, imediatamente, oferecer a denúncia, senão estará obrigado a comunicar ao investigado as razões da omissão. Por vezes essas razões serão apresentadas em cota, acompanhando a denúncia.” (BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 102).

¹⁸⁴ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 354.

E a razão para a consolidação desse entendimento é a mesma que deve servir para o caso do novo instituto do acordo de não persecução: a convergência de vontades e o consenso implica na necessidade de participação ativa das partes. ora, a privatividade da ação penal pelo Ministério Público impede sua substituição pelo Magistrado, de modo que ainda que o investigado preencha os requisitos estabelecidos, não poderá obter, inexoravelmente, a proposta. Vale dizer, a negativa de celebração do acordo não permite que o judiciário o conceda substitutivamente à atuação ministerial, [sob] pena de afronta a estrutura acusatória do processo penal.¹⁸⁵

Em estudo sobre as condições pactuadas no ANPP, Antonio Suxberger também corrobora ao definir o instituto como negócio jurídico processual¹⁸⁶, ainda sob a vigência da Resolução 181/17 do CNMP nos seguintes termos:

Em capítulo próprio, a Resolução previu o que chamou de acordo de não persecução penal, um negócio jurídico-processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado confesso de crime praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa que autoriza o arquivamento da investigação preliminar, se esse investigado atender ao que dele se exige como condições pessoais, cumprir medidas similares a penas restritivas de direitos, reparar o dano ou restituir a coisa à vítima e renunciar a bens e direitos de modo equivalente aos efeitos genéricos de uma condenação criminal.¹⁸⁷

A introdução de mecanismos negociais com tamanha amplitude de aplicação, como se percebe no ANPP – ressalvadas as limitações legais do artigo 28-A, do CPP, são qualificados todos os crimes sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos, dentre os quais se inclui simplesmente todos os crimes contra a Administração Pública, por exemplo –, e diante do critério aberto de sua aplicação, segundo o órgão acusatório entenda necessário e suficiente para reprimir e prevenir o crime, acarreta potencialização de traços autoritários no processo penal. Remanesce, assim, a necessidade de se resguardar mecanismos de controle da atuação do acusador público, a fim de evitar lesões ao princípio da igualdade e arbitrariedades e para que o instituto seja aplicado em observância aos princípios constitucionais.

¹⁸⁵ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 149.

¹⁸⁶ Para Vladimir Aras o acordo de não persecução penal também é um negócio jurídico processual (ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. São Paulo, JH Mizuno, 2020). No mesmo sentido, Mauro Fonseca Andrade e Júlia Ferrazzini Magrin, igualmente defendem a natureza jurídica negocial do instituto (ANDRADE, Mauro Fonseca; MAGRIN, Júlia Ferrazzini. O pacote anticrime e seus reflexos sobre os acordos de não persecução penal não homologados sob a égide da Resolução nº. 181/2017 do CNMP. In Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit. p. 134).

¹⁸⁷ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. pp. 111-133. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 111.

Diante do arcabouço teórico analisado e do quanto estabelecido no artigo 28-A, do CPP¹⁸⁸, será adotado como conceito base do instituto do acordo de não persecução penal para a pesquisa o seguinte: negócio jurídico processual que encerra um poder-dever do Ministério Público, a partir da introdução de hipótese de não obrigatoriedade da ação penal, através de acordo entre a acusação e o imputado, acompanhado de sua defesa técnica, que poderá ser firmado a juízo de oportunidade do Ministério Público, caso o órgão estatal entenda ser necessário e suficiente para a reprovação do crime, mediante a confissão circunstanciada e a imposição antecipada de sanções não privativas de liberdade e outras condições ajustadas, a fim de evitar o processo penal e as consequências derivadas da condenação, nos casos de delitos sem violência ou grave ameaça com pena mínima abstrata de até quatro anos, ressalvadas as exceções legais, submetido a homologação judicial.

A partir da definição da natureza jurídica do acordo de não persecução penal como um negócio jurídico processual que encerra um poder-dever do Ministério Público, advêm consequências importantes para a sequência do presente estudo, tais como: (i) o fato de não poder ser o ANPP imposto pelo Ministério Público mediante mero contrato de adesão direcionado ao imputado; (ii) o fato de não poder ser imposto pelo Poder Judiciário nas hipóteses em as tratativas entre as partes não prosperem; (iii) o fato de que o ANPP não pode ser padronizado, mas sim um contrato específico, que deve envolver cessões recíprocas das partes à luz do caso concreto; (iv) o ANPP enquanto negócio jurídico processual é personalíssimo e, como tal, não atingirá a terceiros e não poderá ser impugnado por terceiros; (v) há que se garantir posição negocial horizontal entre Ministério Público e o imputado e sua defesa, não se pode descartar a autonomia negocial das partes no decorrer das tratativas, impondo ao órgão acusatório dever de transparência em apresentar ao imputado todos os elementos de que dispõe para a propositura da ação penal, para que a defesa defina qual a melhor estratégia jurídica a ser adotada; (vi) enquanto negócio jurídico processual entre acusação e defesa, não há espaço para interferências do Poder Judiciário no conteúdo dos termos pactuados, a fim de conferir segurança jurídica ao ANPP; (vii) a fim de coibir eventuais arroubos autoritários e excessos de subjetivismos, incumbe ao juízo competente a relevantíssima função fiscalizatória, da pertinência e adequação dos acordos aos fatos sob

¹⁸⁸ CPP - Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, 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 ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

investigação, considerando-se os elementos de prova amealhados, a voluntariedade idônea e, igualmente, as condições pactuadas.

Uma das principais preocupações na larga aplicação do ANPP é quanto ao tendente desequilíbrio de forças entre acusação e defesa. Há evidente protagonismo do Ministério Público em face do investigado – posteriormente também projetado pelo juízo competente¹⁸⁹, responsável pela homologação do acordo, que também poderá determinar que o *parquet* reformule a proposta se considerar “inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas”, conforme art. 28-A, §5º, CPP¹⁹⁰ –, sujeito ao risco de excessos de subjetivismo na compreensão dessa circunstância condicionante no caso concreto.

Mesmo porque há que se rememorar que o ANPP se trata de alternativa ao processo penal, e não alternativa a eventual arquivamento – o qual, na ótica utilitarista da justiça negociada, com fins à redução do montante de ações penais pendentes de solução, poderá contribuir para a diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário. É dizer: para que se cogite da propositura de acordo de não persecução penal, é pressuposto que o Ministério Público já tenha reunidos elementos necessários para o oferecimento da denúncia¹⁹¹, e não que se utilize do acordo para uma espécie de “complementação probatória” da hipótese investigativa inicial.

Se assim não o for, será aberto indesejável espaço para que o acordo de não persecução penal seja utilizado como substituto ou complemento da investigação, banalizando-se o instituto e fulminando seu próprio interesse utilitarista em reduzir o montante de casos penais pendentes de solução, em finalidade totalmente desvirtuada da intenção legislativa do instituto. O caso deve estar maduro o suficiente para a propositura de ação penal, de forma que o órgão acusatório esteja munido da imprescindível justa causa¹⁹² para o oferecimento de denúncia e, ao entender pela possibilidade de solução alternativa consensuada, opte pela propositura do

¹⁸⁹ A Lei nº. 13.964/2019 também trouxe como inovação ao CPP a criação do “juiz das garantias”, que seria responsável pela homologação do ANPP, conforme artigo 3-B, inciso XVII, do diploma processual penal. Todavia, a criação foi suspensa por decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em 22.01.2020, nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305. A decisão ainda depende de submissão a referendo do Plenário. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>, acesso em 15.06.2020.

¹⁹⁰ CPP, art. 28-A – § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

¹⁹¹ Nesse sentido, Rômulo de Andrade Moreira: “Este acordo só poderá ocorrer se não for caso de arquivamento do procedimento investigatório (art. 28-A, *caput*), pois se não houver justa causa ou faltarem os pressupostos processuais ou as condições para o exercício da ação penal, deve ser promovido o arquivamento, nos termos do art. 28, do CPP.” (MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 157).

¹⁹² Aqui compreendida nos termos do conceito de Gabriel Divan para justa causa, “instrumento que impõe uma verificação no que diz para com a qualidade da causa, enquanto ‘justa’, enquanto pertinente.” (DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. cit., p. 430-431).

acordo. Do contrário, ao fim da investigação, desprovido do mínimo *standard* probatório que se exige para a deflagração da ação penal, o caminho correto é, sem sombra de dúvidas, o arquivamento daquela investigação.

Assim, de antemão, o órgão estatal já se estabelece em posição negocial naturalmente superior ao imputado, o que impõe o estabelecimento de critérios específicos para que o exercício da vontade ministerial no âmbito do ANPP não importe em excessos de subjetivismos e autoritarismos. Portanto, enquanto negócio jurídico, pressupõe horizontalidade, a qual deve ser buscada a fim de dirimir o fato de que a própria força estatal já tem posição negocial mais vantajosa, ao menos naquele momento, por dispor de elementos já suficientes à propositura da ação penal, de modo que não há equivalência entre Estado e imputado.

Defendendo a natureza jurídica de meio de defesa do instituto – com o que não se concorda, por ser justamente uma estratégia de enfrentamento à persecução penal em que o acusado decide pelo efetivo *não* exercício de seu direito de defesa, inerente à sua posição tradicional de resistência à acusação –, Amanda Scalisse Silva aponta em artigo sobre o ANPP que o artigo 28-A, inserido a partir da Lei nº. 13.964/19, assegurou efetivo poder de negociação do acusado¹⁹³. A posição parece utópica, sobretudo diante da previsão legal de condição para o acordo o juízo do Ministério Público sobre a alternativa consensual, segundo entenda ser necessário e suficiente reprimir e prevenir o crime (art. 28-A), abrindo margem para o risco de subjetivismos na compreensão dessa circunstância nos casos concretos.

Para coibir eventuais excessos na interpretação e aplicação da norma aberta, se faz imprescindível não só o dever de motivação do *parquet* quanto à propositura ou não do ANPP ao acusado – até para se permitir a exposição de razões recursais ao órgão superior de revisão –, mas também que as negociações aconteçam em ambiente que favoreça a percepção e efetividade da horizontalidade entre as partes¹⁹⁴, preferencialmente em local fora do âmbito do Poder Judiciário, não havendo óbices legais para que as tratativas ocorram dentro das estruturas físicas do Ministério Público ou mesmo em outro local adequado e ajustado entre as partes.

¹⁹³ “Por outro lado, tendo em vista a natureza de meio de defesa do instituto, a lei mostra-se como meio de consagração do poder dispositivo do infrator, que poderá negociar para obter o melhor benefício possível dentro das opções contidas na legislação.” (SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 279-280).

¹⁹⁴ Em sentido semelhante: “São previstas várias condições legais, bem como se oportuniza ao Ministério Público eger condição extralegal, para, sempre cumulativamente, serem ajustadas em propostas alternativas de acordo. Isso revela a oportunidade de debate e de escolha pelo investigado e não sua simples adesão ao negócio proposto.” (BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. *Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas*. In BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 115).

Isso porque quando as discussões são travadas nos ambientes do Poder Judiciário, dada a própria distribuição cênica dos locais de assento dos atores na sala de audiência, traz em si a posição de poder, de superioridade do órgão estatal, incompatível com o acordo de não persecução penal. Nesse sentido, nada obstante a Orientação Conjunta nº. 03/2018 expedida pelas 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, e atualizada após a entrada em vigor da Lei nº. 13.964/19, contemple a possibilidade de que se utilize o momento da audiência de custódia para o oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal¹⁹⁵, após os apontamentos ora apresentados, verifica-se a incompatibilidade desse momento processual com os pressupostos do ANPP enquanto negócio jurídico bilateral.

A audiência de custódia tem como princípio informador o princípio da imediatidade, do qual se extrai que deve haver o controle jurisdicional do ato construtivo da liberdade no momento da audiência de custódia, no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, conforme artigo 310, do CPP. Inviável cogitar-se de qualquer autonomia negocial do acusado que se vê privado de sua liberdade sob a tutela do Estado nesse momento processual, de forma que os interesses economicistas e utilitaristas apresentados pela Orientação Conjunta nº. 03/2018 para a possibilidade de negociação do ANPP durante a audiência de custódia, não podem se sobrepor às garantias do acusado, sob pena de importar em um acordo viciado desde o seu nascedouro, sem voluntariedade idônea.

Ademais disso, em recentíssima consulta formulada pela magistrada atuante no Núcleo de Audiências de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (NAC-TJDFT) ao Conselho Nacional de Justiça¹⁹⁶, exatamente a respeito da interpretação do artigo 28-A, do CPP e suas implicações no contexto das audiências de custódia, o CNJ prontamente destacou a impossibilidade de realização do ANPP no momento da audiência de custódia:

Perscrutando os pressupostos e requisitos do Acordo de Não Persecução Penal já citados, faz-se necessário confrontar a sua compatibilidade prática, e mesmo axiológica, com estes elementos constitutivos de imediatidade e de urgência da audiência de custódia, conforme aqui citado. Assim, factível que, no prazo sem demora de 24 horas, não caberia à autoridade judicial, além de voltar-se com urgência para o controle de legalidade de ato de constrição da liberdade, cindir-se, com a mesma celeridade e urgência da audiência de custódia, à analisar a legalidade e a

¹⁹⁵ MPF - Orientação Conjunta nº. 03/2018 – “5.3 Poderá ser utilizada a audiência de custódia para oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal, uma vez que esse ato sempre deverá contar com a participação de advogado, constituído ou nomeado pelo juízo. Nesse caso, o membro do MPF tomará as cautelas de praxe, especialmente quanto aos antecedentes, e poderá requerer seja oficiado à Polícia Federal sobre o acordo e a necessidade da remessa dos autos do inquérito policial ao MPF.” (Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 11.06.2020)

¹⁹⁶ Expediente administrativo interno em trâmite perante o Conselho Nacional de Justiça gentilmente compartilhado pela Magistrada Lorena Alves Ocampos para enriquecimento dos estudos empreendidos na presente pesquisa. Comungando do mesmo entendimento ora exposto, no mencionado documento, o CNJ fez referência ao ANPP como “negócio jurídico”.

integridade de seguidos atos extrajudiciais necessários à formalização do Acordo de Persecução Penal. Nesse passo, compreende-se não ser a Audiência de Custódia o momento adequado e idôneo para a consecução do ato complexo e bilateral constitutivo do ANPP.

Nessa esteira, entende-se que, para além de proporcionar ambientes que fomentem a necessária horizontalidade no poder negocial entre as partes, há também o dever de transparência e boa-fé do Ministério Público nas tratativas impõe que se apresente todos os elementos informativos de que dispõe, a demonstrar comprovadamente que já estão reunidos elementos aptos a ensejar a presença de justa causa para a propositura da ação penal e, por política criminal e preenchidos os requisitos legais, entende que aquele caso pode ser solucionado de forma antecipada mediante acordo, se o imputado e sua defesa técnica, após análise da integralidade dos autos e ciência dos direitos que deixará de exercer, assim também o entender.

Rodrigo Cabral reconhece o protagonismo concedido ao Ministério Público, e defende que incumbe ao órgão acusatório “a prerrogativa e o dever funcional de escolher prioridades político-criminais na concretização dos objetivos da persecução penal”¹⁹⁷, o que perpassa pela seleção de casos penais de maior relevância para a política de persecução penal adotada pelo órgão ministerial.

Nessa toada, embora dissonante do posicionamento crítico ao acordo de não persecução penal apresentado neste estudo, Cabral entende que o instituto configura negócio jurídico que veicula a “política criminal do titular da ação penal pública na persecução dos delitos”¹⁹⁸, posição com a qual se concorda. Ademais, aponta que há um acordo de vontades, em que o acusado voluntariamente concorda com as condições pactuadas em troca do compromisso ministerial em não ingressar com a ação penal e após cumprida a avença, pleitear a sua extinção de punibilidade.

Há que se empreender meios para que a voluntariedade do acusado seja efetivamente idônea, mormente ante ao fato de que “negociar” junto ao órgão estatal responsável pela persecução penal e que no momento da propositura do acordo dispõe de elementos indiciários mínimos para a deflagração de ação penal, por si só impõe disparidades que expõem a relação vertical e em franca desvantagem do imputado, ainda que acompanhado de sua defesa técnica, cuja mera presença não supre eventuais ilegalidades e coações ilegais direcionadas ao acusado. O processo penal é meio de coação legal por definição, meio de apuração de fato delitivo e

¹⁹⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal* – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). cit., p. 82-83.

¹⁹⁸ Idem, p. 84.

consequente imposição de pena. Todavia, é imprescindível que existam formas capazes de controlar eventuais ilegalidades e excessos, tanto no processo penal com todas as suas fases, quanto nos espaços de consenso.

Guardadas as divergências entre os institutos, a experiência norte-americana demonstra os riscos de se conferir às partes o sucesso pela barganha¹⁹⁹, alçando a presença de advogado a elemento capaz de eliminar alegações sobre violações de direitos²⁰⁰. O processo penal não deve configurar espaço para a mercantilização dos direitos em disputa²⁰¹, em que aquele que tem melhor habilidade negocial emerge como vencedor, vez que se trata da principal garantia fundamental em jogo – a liberdade do acusado –, importando na necessidade de encontrar caminhos que regulem o ANPP.

Assim, a saída para as potenciais violações a direitos fundamentais do acusado no âmbito da celebração do acordo de não persecução penal não parece ser negar a sua inserção no ordenamento jurídico – a qual já ocorreu – por incompatibilidade com a base principiológica constitucional do processo penal brasileiro, tampouco soluções simplistas e de nítido caráter utilitarista, como elevar a participação do advogado nas tratativas como elemento capaz de suprimir qualquer ilegalidade.

Há que se alcançar o almejado equilíbrio entre as garantias constitucionais e os interesses utilitário-economicistas. O caminho certamente perpassa pela participação ativa da defesa com efetivo poder de negociação perante o órgão estatal; bem como pelo dever de boa-fé e transparência do Ministério Público na propositura do acordo e na definição das sanções adequadas, suficientes, customizadas ao caso concreto e devidamente justificadas, para que no caso de que as tratativas não tenham êxito, o julgamento não se transforme em verdadeira forma de punição; e também pela atuação do Poder Judiciário enquanto verdadeiro filtro das violações às garantias constitucionais do acusado, a partir da fiscalização judicial quanto a pertinência e adequação do ANPP, bem como de voluntariedade idônea do acusado na análise homologatória.

Os mecanismos de controle do exercício da vontade pelo Ministério Público serão objeto de estudo nos próximos capítulos, tendo como norte que o ANPP é um negócio jurídico

¹⁹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.), *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. cit. p. 252.

²⁰⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 90.

²⁰¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança, e soberania em cooperação. In SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. cit. p. 309.

processual que constitui um poder-dever do órgão acusatório, que veicula legítima política criminal estatal, e inserido mediante norma de caráter misto – norma processual e norma penal.

2. CAPÍTULO 2 – LIMITES DA AUTUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1. Os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade na justiça penal negocial

A inserção da justiça negociada nos ordenamentos jurídicos traz divergências doutrinárias e jurisprudenciais de diversas ordens, tais como a admissibilidade de acordos no âmbito processual penal, as limitações probatórias decorrentes do consenso, a desigualdade de posições entre o acusado e o órgão acusador, possíveis prejuízos para a busca da verdade e a dúvida sobre a efetiva voluntariedade no acordo²⁰².

Nos países que adotam o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação, o consenso acarreta questionamentos sobretudo no que diz respeito ao poder punitivo e à ação penal. A principal questão posta é em razão do fato de que o Estado detém não apenas o poder, mas também o *dever* de punir quem desrespeitar as normas penais. Por conseguinte, se determinado comportamento não deve ser necessariamente obstado mediante repressão criminal, não haveria razão para mantê-lo tipificado no ordenamento jurídico, seja através da descriminalização total da conduta, ou transferindo para outras esferas de repressão.

Lado outro, se a conduta é criminalizada, a questão que se impõe é que não seria adequado fazer concessões em torno da persecução penal, pois essa postura incidiria em prejuízos para o interesse social na punição dos infratores²⁰³. Todavia, a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal não é fenômeno novo no processo penal brasileiro, como se demonstrou no capítulo anterior.

E não se trata de exclusividade brasileira: em outros países de *civil law* existem mecanismos alternativos que concretizam a ideia de oportunidade na persecução penal – Itália, por exemplo, com o *patteggiamento sulla pena* (artigo 444 e seguintes, CPP italiano), Alemanha, com a suspensão do processo, a conformidade negociada na Espanha, e a suspensão condicional do processo em Portugal²⁰⁴.

Trata-se de iniciativa essencialmente vinculada à explosão da “criminalidade de bagatela”, para a qual o processo penal tradicional se revela um instrumento muito pesado e pouco proveitoso. Sem mencionar a inviabilidade de processamento de todas essas pequenas

²⁰² LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 25.

²⁰³ Idem, p. 46-47.

²⁰⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. cit., p.19.

infrações (e de todas as demais, que perfazem invencível número) para a justiça criminal, já há muito colapsada. Em artigo a respeito do princípio da obrigatoriedade sob a perspectiva do ordenamento italiano, Vinícius Vasconcellos e Bruna Capparelli assentaram a impossibilidade prática da persecução penal de todos os crimes, de modo a impor que “cada singular acusador é de fato obrigado a aplicar critérios individuais e discricionários para dar prioridade a determinados processos ao invés de outros”, a revelar possível violação à própria premissa do princípio da igualdade²⁰⁵, em análise aplicável à realidade brasileira.

Na mesma linha, Antonio Suxberger é enfático, e revela a existência de “códigos” velados para o exercício da discricionariedade no âmbito do órgão acusatório para a definição de prioridades nos casos a serem submetidos à persecução penal:

A compreensão da necessidade da superação da obrigatoriedade da ação penal passa pelo reconhecimento de que a obrigatoriedade, como princípio jurídico, é absolutamente irrealizável. A aspiração por um sistema igualitário que encontraria na realização obrigatória da ação penal uma certeza de que o sistema de justiça criminal trata a todos igualmente simplesmente não encontra respaldo empírico algum. Ao contrário, a afirmação normativa que nega a realidade de atuação discricionária do Estado apenas tem se prestado ao longo do tempo como instrumento de invisibilidade aos “códigos” que orientam a atuação dos atores do sistema de justiça criminal.²⁰⁶

É nesse contexto que se verifica a possibilidade de que a obrigatoriedade da ação penal coexista com critérios de oportunidade que permitam saídas alternativas ao processo, consensuais ou não, sem que isso signifique perda de legitimidade do sistema jurídico-penal²⁰⁷. A esse respeito, Marco Aurélio Nunes da Silveira defende que em um modelo acusatório autêntico, em que o juiz não goze de poderes instrutórios e as partes não sejam apenas partícipes, “a ação processual penal tem um papel bastante diverso, na medida em que não é regida pelo princípio da obrigatoriedade, mas pelo princípio da oportunidade, bem como o conteúdo do processo é, a todo o momento durante sua tramitação, marcado pela absoluta disponibilidade”²⁰⁸.

É necessário, contudo, que o Ministério Público atue dentro das limitações ditas pela legalidade, com mecanismos de controle da discricionariedade que lhe é conferida, a fim de que

²⁰⁵ VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. Notas sobre a perene crise do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. cit., p. 122.

²⁰⁶ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 70-71.

²⁰⁷ Nesse sentido: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. cit., p. 47; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP – versão ampliada e revisada). In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 41; dentre outros.

²⁰⁸ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit., p. 131-132.

não haja excessos, nem violação do princípio da igualdade na condução dos casos criminais. É preciso buscar-se um equilíbrio, autorizando-se o órgão acusatório a deixar de propor a ação penal, desde que atendidos determinados requisitos, mesmo nos casos em que existam elementos indicativos da ocorrência de uma conduta delitiva, submetido a mecanismos de controle desse exercício da oportunidade, ao lado do inarredável controle jurisdicional.

A flexibilização da obrigatoriedade evita práticas extrajudiciais de seleção das infrações a serem apuradas pelo sistema penal, proporcionando regulamentação legal para situações em que a instauração de um processo, ou o seu prosseguimento, configura medida excessiva em relação à gravidade do fato atribuído ao agente ou ao seu perfil. Não é novidade a impossibilidade dos órgãos estatais de processarem todos os delitos, sobretudo diante da demanda crescente da sociedade contemporânea, com transformações que acarretaram não só novas descrições típicas, mas também novas formas do próprio cometimento de delitos, dentre as quais, algumas furtivas aos meios tradicionais de prova – sendo esta uma preocupação de institutos que constituem meios de obtenção de prova, como a colaboração premiada²⁰⁹, mecanismo também inerente à justiça negocial penal, como visto acima.

A adoção do princípio da oportunidade, então, funda-se na necessidade de que o sistema jurídico penal seja mais seletivo e estratégico frente a criminalidade, de acordo com critérios e valores predominantes em determinado momento histórico e social, como uma política criminal propriamente dita²¹⁰, e com previsão legal. Uma das dificuldades perpassa, certamente, pela ampliação dos poderes do Ministério Público, de forma que o controle do exercício de suas atribuições mostra-se medida imperiosa para assegurar os princípios e garantias processuais penais. Há que se estabelecer critérios claros, aplicáveis de modo geral e passíveis de controle judicial, respeitando-se o tratamento igual dentre os cidadãos.

Pensa-se que o ideal seria a descriminalização dos delitos de pouca significância do ponto de vista da lesão aos bens jurídicos. Contudo, nem sempre as reformas do sistema jurídico-penal operam de modo simultâneo e harmônico. Ademais disso, a descriminalização não seria medida adequada para todos os delitos de menor ofensividade²¹¹, nada obstante o

²⁰⁹ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 262.

²¹⁰ “Mais do que isto, é possível conceber situações nas quais, embora exista crime, não convém acusar, seja porque suas consequências já são suficientemente penosas ao próprio agente, a ponto de recomendar a não aplicação da pena, seja porque a pena, no caso concreto, não alcançaria qualquer finalidade juridicamente válida, seja porque a legislação penal, em relação a determinados crimes, está ultrapassada e superada, enfim, pelos mais diversos motivos, é possível vislumbrar que nem sempre o processo e a pena representam uma resposta político-criminal adequada ou justa.” Idem, p. 134-135.

²¹¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 44.

processo penal tradicional ainda se mostre desproporcional quando comparado às medidas alternativas que, de modo mais eficiente e atendendo a princípios de política criminal, satisfaçam o interesse punitivo.

Sobre esse tema, Vinícius Vasconcellos defende que o ideal seria que tais espaços de consenso não necessitassem de sanções alternativas, com o real reconhecimento de que o Direito Penal se mostra inadequado para tutelar condutas de menor gravidade e relevância²¹².

A compatibilização da resposta estatal com o tipo de infração é o objetivo primordial dos institutos consensuais, como o ANPP, ora em estudo, a fim de criar alternativas e evitar a estigmatização do acusado. Nereu Giacomolli aponta que o sujeito passivo é o maior protagonista do exercício da oportunidade no processo penal²¹³, vez que a manifestação eficaz da oportunidade apenas se realiza mediante a emissão de vontade do acusado.

Sobre as origens da inserção do modelo consensual no direito processual penal, a doutrina não é unânime. Para Rosimeire Leite, a influência da teoria contratual do direito civil seria o ponto em comum entre os dois ramos do direito²¹⁴, de modo que, para a autora, a própria evolução da sociedade, mais complexa e globalizada, é que impulsionou a demanda pela inserção de mecanismos consensuais e negociados na persecução penal, exigindo-se soluções mais rápidas e eficientes, que ultrapassassem os obstáculos operacionais da própria estrutura tradicional do processo criminal. Há que se conferir ainda, na visão da autora, especial relevância à capacidade de aliviar a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais conferida pelo modelo consensual, economizando-se tempo e recursos a todos os sujeitos envolvidos²¹⁵.

Geraldo Prado, por sua vez, confere ênfase no fato de que o consenso na esfera penal abrange a modificação da cultura jurídica em si mesma, culminando em alterações também na própria representatividade do que a justiça penal significa para a sociedade brasileira²¹⁶. Em outras palavras, é dizer: a rigidez do processo penal enquanto instrumento do poder punitivo precisa ceder espaço para soluções consensuais, modificando-se o estereótipo há muito enraizado na sociedade, sem que isso signifique uma redução na credibilidade do sistema penal.

É preciso reafirmar que a justiça penal consensual não infringe o princípio da legalidade, o qual, segundo entendimento da doutrina majoritária, para o processo penal, significa a

²¹² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 140.

²¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. cit., p. 67.

²¹⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 21-22.

²¹⁵ Idem, p. 52-53.

²¹⁶ PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

obrigatoriedade da persecução punitiva²¹⁷. No presente trabalho, já se demonstrou que o princípio da legalidade e da obrigatoriedade não se confundem, embora um se submeta ao outro.

Defende-se que o princípio da legalidade, no processo penal, abrange um espectro mais amplo, do ponto de vista da submissão dos agentes estatais da justiça criminal às normas legais²¹⁸, cuja atuação deve ser delimitada e deve guardar consonância com as previsões legais.

Nesse sentido, Afrânio Jardim é cristalino: “O dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito.”²¹⁹.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, por sua vez, o qual encerra a necessidade de persecução de todos os fatos típicos que as autoridades públicas sejam cientificadas submetem-se, então, ao princípio da legalidade, tal qual o exercício do princípio da oportunidade deve se submeter, sob pena de indesejadas e inaceitáveis arbitrariedades no exercício do poder punitivo²²⁰. Interessante lembrar a advertência de Geraldo Prado, no sentido de que tal princípio (da obrigatoriedade) não significa a obrigação de que o órgão de acusação proceda à perquirição obstinada à condenação do acusado²²¹, uma vez inexistente o dever de recorrer de absolvições ou de que o Ministério Público sempre postule pela condenação do acusado em sede de alegações finais.

Ainda nesse contexto, Vinícius Vasconcellos aponta que fatos carentes de justa causa, como crimes de bagatela ou insignificantes, bem como fatos cujas provas são insuficientes para a propositura da ação penal não constituem violação ao princípio da obrigatoriedade, de modo que a própria persecução penal nesses casos seria ilegítima, pois violaria os preceitos legais segundo os quais apenas situações que se enquadrem no tipo penal e que reúnam indícios de autoria e materialidade devem ser perquiridas²²².

A diferenciação entre os princípios da legalidade e da oportunidade é defendida também por Afrânio Silva Jardim, que é enfático ao distinguir os conceitos, demonstrando-se o equívoco

²¹⁷ Para Jacinto Miranda Coutinho: “É preciso salientar, ainda, que um dos fundamentos do princípio da obrigatoriedade está vinculado à independência do Ministério Público. Antes de funcionar como grilhão para a instituição, escuda-a de ingerências externas impertinentes, descabidas, dos mais variados segmentos da sociedade.” (COUTINHO, Jacinto Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. cit., p. 41).

²¹⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 40-42.

²¹⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. cit., p. 48.

²²⁰ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit. p. 40-41.

²²¹ PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154.

²²² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 43.

da utilização dos termos como sinônimos, e menciona que a própria adoção do termo “obrigatoriedade” não encerra dúvidas de que o exercício da ação penal pelo órgão acusatório é decorrência lógica do próprio princípio da legalidade, que deve informar a atuação dos órgãos públicos no Estado de Direito²²³.

Ao valer-se do princípio da oportunidade fundado na justiça penal negociada, o órgão de acusação não está prescindindo de seu dever de acusação quando amealhados indícios de autoria e materialidade da prática delitiva, mas antes empreende solução alternativa ao processo penal tradicional a fim de compatibilizar o enfrentamento aos invencíveis números que abarrotam o sistema de justiça criminal.

Não é demais reforçar que o exercício do princípio da oportunidade através do ANPP, objeto do presente estudo, não deve se confundir com o exercício da discricionariedade pelo membro do Ministério Público, sob pena de que não só a tutela estatal dos casos penais caia em descrédito pela sociedade, mas também a própria respeitada instituição. O agente estatal deve atuar sempre de forma submissa à lei, respeitando-se o princípio da legalidade – aqui entendido em modo amplo – também quando do exercício da oportunidade através de mecanismos de consenso. Do contrário, haveria claros espaços em aberto para que fossem preenchidos meramente pela discricionariedade do membro do *parquet*, submetidos a critérios subjetivos e sem necessidade de justificação, o que é de todo inadmissível em um Estado de Direito.

O cerne da problemática é a delimitação dos critérios para a tomada de decisão pelo órgão acusatório dos casos em que poderá valer-se do princípio da oportunidade. Seja através de normas legais ou de normas internas ao órgão de acusação, é condição *sine qua non* para a segurança jurídica o estabelecimento de requisitos de caráter político-criminal de modo específico para o oferecimento do ANPP, os quais ultrapassam a mera constatação dos indícios suficientes de autoria e materialidade de um crime, e a limitação da pena mínima (como prevê o artigo 28-A, do CPP), de modo a propiciar a atuação fundamentada do Ministério Público.

Apenas com a definição de critérios claros é que o exercício da oportunidade pelo agente estatal estará em consonância com o princípio da legalidade, cuja atuação poderá ou não ser questionada pela defesa do acusado, e devidamente controlada pelo poder judiciário, evitando-se subjetivismos inaceitáveis quando se trata da liberdade do indivíduo. Em um processo penal democrático, impreterivelmente, o exercício do poder punitivo, seja através do exercício da ação penal, seja através de alternativas ao processo, utilizando-se de instrumentos pautados pelo princípio da oportunidade (como as soluções consensuais ou negociadas) deve estar limitado e

²²³ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade.*, cit., p. 48.

condicionado às regras legalmente definidas, única opção aceitável em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, em consonância com o sistema acusatório²²⁴, a obrigatoriedade da ação penal pode ser excepcionada pelo princípio da oportunidade, exercido por mecanismos de consenso desde que dentro da legalidade – isto é, dentro das hipóteses e condições legalmente definidas²²⁵. Não necessariamente mecanismos que excepcionem o princípio da obrigatoriedade irão colidir com a inarredável observância à legalidade. O norte da atuação dos agentes estatais envolvidos na justiça criminal deve ser sempre o princípio da legalidade, a fim de proteger toda a sociedade de decisões pessoais, carregadas de subjetivismos que não se amoldam ao processo penal democrático²²⁶.

A lição de Vinícius Vasconcellos sintetiza, defendendo a possibilidade de um cenário de oportunidade legalmente regulada²²⁷ – o que se distingue sobremaneira do equivocado conceito de “oportunidade regrada”, que constituiria a mitigação do princípio da obrigatoriedade nos casos previstos em lei. A crítica à “oportunidade regrada” cinge-se ao fato de que, nesse sentido, a oportunidade não seria uma exceção, mas uma variedade da própria legalidade, conforme Nereu Giacomolli: “a expressão ‘oportunidade regrada’ não é correta porque não é a oportunidade, em si mesma, que se submete a uma regra: o juízo de oportunidade sempre consiste em dizer o que se considera oportuno, ainda que não coincida com o que, em princípio, se depreende da norma legal.”²²⁸.

A oportunidade legalmente regulada constituiria, então, um cenário em que a oportunidade seria exercida pelo órgão de acusação mediante a definição em lei, de modo objetivo e taxativo, das hipóteses em que, ainda que presentes elementos mínimos a indicar a autoria e materialidade da ocorrência de fato típico punível, poderia o agente estatal se abster, motivada e fundamentadamente, de iniciar a persecução penal, com base em critérios previstos

²²⁴ “Importa que o Ministério Pública possa assumir, na íntegra e sem falsas aparências, o lugar e o discurso do acusador, preservada a disponibilidade e respeitada, em sua totalidade, o modelo processual acusatório (repita-se, subtraindo-se do juiz a iniciativa probatória, para que seja efetivamente o árbitro pretensamente imparcial).” (NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit., p. 133).

²²⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 40.

²²⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 113.

²²⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 46.

²²⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. cit., p. 70.

no texto legal, seja de cunho utilitário, político-criminal, ou econômico²²⁹, submetido ao controle jurisdicional. Compreende-se que o ANPP, enquanto instrumento da justiça consensual, deve ser aplicado no âmbito da oportunidade legalmente regulada, encerrando em si mesmo a garantia de manutenção dos ditames do processo penal democrático²³⁰.

Não raro há questionamentos doutrinários no sentido de que os instrumentos da justiça consensual encerrariam, ao final e ao cabo, o próprio exercício do princípio da obrigatoriedade, vez que o acusador obtém seu objetivo – a imposição de pena – ainda que não o faça através do processo penal tradicional. Geraldo Prado e Afrânio Silva Jardim comungam deste entendimento, de que o próprio oferecimento da proposta de transação penal, por exemplo, configuraria o exercício da ação penal – ainda que em uma dimensão distinta da tradicional, como defende Geraldo Prado²³¹.

A posição é consistente. Todavia, pensa-se que no âmbito da justiça penal negociada, e de modo específico, no ANPP, o agente estatal não tem a obrigação de manter a persecução penal, como no processo penal tradicional. Assim, nada obstante compreenda-se que a presença de lastro de autoria e materialidade do fato típico penal sob investigação seja um dos requisitos para a propositura do ANPP, o que obrigaria o órgão acusatório a proceder à ação penal – pelo princípio da obrigatoriedade –, quando o acordo for entabulado entre as partes, não há obrigatoriedade de que o ente público persista na persecução penal. Antes pelo contrário: está autorizado a não deflagrar a ação penal, ou a concordar com o seu término de modo antecipado.

Assim, defende-se que tais instrumentos consensuais na justiça criminal como o ANPP são expressão do exercício da oportunidade, vez que a obrigatoriedade não autorizaria ao órgão acusatório abster-se da persecução penal, ou mesmo concordar com a antecipação do término do processo²³², como o próprio intuito deste instrumento.

2.2. A necessidade de vincular-se a atuação do Ministério Público aos critérios legais

²²⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 46.

²³⁰ De modo diferente, Nereu Giacomolli sustenta que nesses casos a atuação do agente estatal não estaria submetida ao princípio da oportunidade, mas sim ao princípio da legalidade “que autoriza e informa uma atuação com uma certa dose de oportunidade”, retornando-se à problemática já enfrentada de que tais princípios constituíram conceitos opostos, o que não se defende neste trabalho. (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. cit., p. 72.)

²³¹ PRADO, Geraldo. *Transação penal*. cit., p. 154. e JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*., cit., p. 100.

²³² GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. cit., p. 54.

Até a Constituição da República de 1988 o Ministério Público era uma instituição ligada ao Poder Executivo. Os constituintes de 1987 e 1988, contudo, conferiram necessária autonomia à instituição, não apenas do ponto de vista formal, com a previsão legal em capítulo à parte do Poder Executivo, mas principalmente com a criação de mecanismos que protegem a entidade de ingerências de governantes, garantindo a autonomia de seus membros.

Mais do que ampla autonomia ao Ministério Público, foi também a Constituição de 1988 que conferiu à instituição a independência funcional de seus membros e o alargamento de sua margem de atuação. É exatamente a independência funcional que permite aos seus membros o estabelecimento de suas prioridades de atuação, em meio à ampla gama de possibilidades em defesa do interesse público. Todavia, cumpre registrar que a ampla autonomia conferida à instituição não foi acompanhada da previsão de mecanismos de controle²³³.

A relevância do Ministério Público para a sociedade brasileira é indiscutível. É órgão permanente de Estado, imbuído da missão de defender a ordem jurídica e os interesses da sociedade perante o Poder Judiciário. Assim reza a Seção I, do Capítulo IV, da Constituição da República de 1988, com destaque para o teor do artigo 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Não por outro motivo, aliada à autonomia funcional e administrativa, prevista no texto constitucional, seus membros dispõem de robusto conjunto de instrumentos de ação para firmar-se como importantes atores políticos, a fim de lhes conferir os *meios* para o exercício de suas atribuições perante o Poder Judiciário em defesa da sociedade. Nesse contexto, a ação processual penal encerra papel político fundamental ao Ministério Público e ao judiciário, com “consequências imediatas em sua concreta realização e, portanto, nas vidas das pessoas sujeitas à persecução penal.”²³⁴.

Assim é que, não obstante o Ministério Público seja uma instituição permanente de Estado, com objetivo maior de representação dos interesses difusos da sociedade, a sua própria estrutura e franca autonomia, em especial na eleição de prioridades a serem defendidas a partir da atuação ministerial, pode dar ensejo a preocupações quanto a eventual sobreposição dos interesses individuais de seus membros, sobretudo diante da tímida existência de mecanismos de controle.

²³³ KERCHE, Fábio. Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*. vol. 50, nº. 2, 2007, p. 259-279.

²³⁴ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit. p. 118.

A atuação do Poder Judiciário e dos demais órgãos do sistema de justiça – incluindo-se o Ministério Público – interferem na própria formulação, implementação e até avaliação das políticas públicas por meio de suas ações²³⁵. Nesse cenário, considerando a relevantíssima participação do órgão ministerial para a celebração do ANPP, importa a este trabalho trazer questionamentos sobre *como* ocorrem as escolhas dos membros do Ministério Público sobre *quais* casos devem ser levados adiante e *como* devem ser levados – isto é: existe algum procedimento previamente estabelecido em norma interna a ser seguido pelos procuradores e promotores? Como se dá o controle e o *accountability* do órgão, a partir de sua dimensão institucional e seus meios de atuação?

Uma medida que poderia limitar a autonomia do Ministério Público foi a criação do Conselho Nacional do Ministério Público (“CNMP”) em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45. O CNMP tem por papel principal atuar em prol da sociedade, mediante a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público e de seus membros, com o resguardo à autonomia funcional. Sua composição é eminentemente de operadores do direito, em sua maioria de membros do próprio Ministério Público – dos quatorze componentes, oito são integrantes da instituição²³⁶.

Embora a iniciativa indique maior *accountability* em relação à organização, a composição do órgão com a maioria de seus membros integrantes do próprio Ministério Público pode não ser suficiente para o rompimento de elementos corporativos²³⁷. Com atuação firme na defesa da autonomia da instituição, o CNMP tem editado normas internas a fim de estabelecer padrões e procedimentos de atuação, diretrizes que reforçam as próprias funções do Ministério Público, sem que isso implique, necessariamente, em maior transparência nos processos decisórios que precedem à manifestação ministerial por escrito²³⁸.

Em trabalho sobre a autonomia e discricionariedade do Ministério Público, Fábio Kerche é enfático ao mencionar a ausência de previsão legal de mecanismos de controle a respeito da atuação do Ministério Público e de seus membros:

Assim, a conclusão é que houve, senão uma abdicação completa (porque os políticos ainda podem emendar a Constituição, modificar a legislação infraconstitucional ou interferir no orçamento proposto pelo Ministério Público), pelo menos uma delegação que garantiu boa margem de autonomia e uma amplitude de tarefas pouco comuns a

²³⁵ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa accountability. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 7, nº. 1, abr 2020, p. 181-195.

²³⁶ <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/o-cnmp/apresentacao>

²³⁷ KERCHE, Fábio. Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil. cit., p. 259-279.

²³⁸ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa accountability. cit., p. 183.

órgãos estatais com integrantes não-eleitos. Em outras palavras, houve uma *quasi*-abdicação.²³⁹

O autor prossegue em tom crítico ao amplo leque de atribuições da instituição que, aliado à uma legislação vaga, aumenta a possibilidade de atuação discricionária do membro ministerial. Exatamente por essa razão, aponta o autor a necessidade de maior *accountability*, a fim de reduzir as chances de arbitrariedades, tornando mais razoável em uma democracia a existência de um órgão com tanta autonomia.

O termo estrangeiro e sem tradução exata para a Língua Portuguesa diz respeito ao compromisso de que os agentes do Estado, isto é, os membros dos órgãos administrativos ou representativos, prestem contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Registre-se que tal prestação de contas não se realiza apenas em termos quantitativos, mas sobretudo qualitativos, no sentido de avaliar sua própria atuação, nos limites de suas atribuições legais.

No ponto, a doutrina ensina que a *accountability* pode ser compreendida sob duas perspectivas: a vertical e a horizontal²⁴⁰. No plano vertical tem-se o próprio corolário da democracia representativa, exercido através do voto, quando os cidadãos poderão aferir a prestação de contas à sociedade dos representantes eleitos.

Os mecanismos de *accountability* são de suma importância para a democracia, constituindo-se instrumentos institucionais que fortalecem o processo democrático e a efetivação de direitos fundamentais, mormente diante do fato de que não será o próprio cidadão o responsável direto pela decisão política dos atores estatais, revelando a insuficiência da mera verticalização nas urnas – o chamado *accountability* vertical, segundo Guillermo O’Donnell²⁴¹.

Nesse sentido, os mecanismos de *accountability* horizontal, exercido pelos sistemas de controle interno (no âmbito da própria administração), externo (a cargo do Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas) e social (realizado pela sociedade e pelo cidadão, através de audiências públicas e canais de comunicação), se mostram ainda mais relevantes. Isso porque permitem não só o aprimoramento dos serviços públicos, mas também o desenvolvimento da capacidade do Estado em responder às demandas dos cidadãos através de políticas públicas legítimas, submetido ao controle de legalidade, legitimidade e eficácia destas políticas públicas, robustecendo os anseios democráticos²⁴².

²³⁹ KERCHE, Fábio. Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil. cit., p. 270.

²⁴⁰ O’DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 44, p. 27-54, 1998, p. 29.

²⁴¹ Idem, p. 29.

²⁴² LOPEZ, Félix Garcia. Accountability e controle social da administração pública federal brasileira. In: Fabio de Sá e Silva; Felix Garcia Lopez; Roberto Rocha C. Pires. (Org.). *Estado, instituições e democracia: democracia*. 1 ed. Brasília: IPEA, 2010, v. 2, p. 185-210, p. 192.

Com efeito, é a partir das ações fiscalizadoras junto as administrações públicas que se identifica práticas contrárias ao interesse público, como o são a corrupção, a má gestão e a ineficiência, bem como se desenvolvem formas de coibi-las. Segundo O d’Donnell: “todos os tipos de *accountability* são importantes para o adequado funcionamento de um regime democrático, não se podendo dizer que tenha prioridade lógica ou prevalência sobre a outra”²⁴³.

Há que se reconhecer que democracia e cidadania não são conceitos isolados, mas antes temas umbilicalmente associados, cuja evolução simultânea é condição de existência recíproca. Assim, verifica-se que a conquista democrática será tanto maior quanto o for a efetividade dada ao conjunto de atributos da cidadania, inserindo-se os mecanismos de *accountability* também no que tange aos órgãos de justiça.

Assim, o estudo a respeito dos limites e pressupostos do exercício da autonomia e independência funcional dos membros do Ministério Público para atuação estratégica no âmbito de aplicação do acordo de não persecução penal se revela imprescindível, mormente diante do fato de que se trata do instrumento da justiça negocial que potencialmente será o mais utilizado na justiça criminal, ante o alargado rol de tipos penais que podem ser por ele abarcados.

Não é demais lembrar que o ANPP se estabelece como instrumento de política criminal para colaborar com o enfrentamento das inúmeras demandas criminais que se acumulam na justiça criminal²⁴⁴, com atuação seletiva por meio da formalidade da ação penal. O sistema de justiça criminal enquanto instrumento de controle social se propõe a ser igualitário, justo, e comprometido com a dignidade da pessoa humana, mas a realidade cotidiana o revela como seletivo, repressivo e estigmatizante²⁴⁵.

Segundo Orlando Zaccone, é no momento da concretização da norma penal que a seletividade do sistema de justiça criminal se revela mais evidente, uma vez que “não é possível ao sistema penal prender, processar e julgar todas as pessoas que realizam as condutas descritas na lei como crime e, por conseguinte, opta entre o caminho da inatividade ou da seleção.”²⁴⁶. Assim, a clientela principal do sistema de justiça criminal brasileiro se estabeleceu: a parcela mais pobre e marginalizada da sociedade, em que políticas públicas de desenvolvimento social e econômico não lhe atendem.

²⁴³ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. cit., p. 52.

²⁴⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. *Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal*. cit., p. 54.

²⁴⁵ Nesse sentido: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25; e BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 186-187.

²⁴⁶ ZACCONE, Orlando. O sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. *Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, ano 9, v.14, 2004, p. 184.

Exatamente nesse sentido é a crítica de Zaffaroni, para quem a seletividade estrutural do sistema penal, isto é, a contradição entre o discurso jurídico penal e a realidade do sistema de justiça criminal é característica intrínseca a todos os sistemas penais:

Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais²⁴⁷.

Desta feita, há que se encontrar caminhos e soluções para que as críticas há muito dirigidas ao sistema de justiça criminal brasileiro – de caráter seletivo; com acesso não igualitário às instâncias de justiça; carregada de excessos punitivistas; e incapaz de promover a efetiva responsabilização penal em crimes vinculados à criminalidade econômica²⁴⁸ – não se repliquem na aplicação do ANPP.

O ANPP enquanto política criminal representa um novo instrumento para o exercício das atribuições do Ministério Público no âmbito do sistema de justiça criminal, ampliando o seu próprio poder enquanto instituição, com especial protagonismo em face do investigado. É dizer: diante de uma investigação que tenha constatado a presença de indícios de autoria e materialidade delitiva, e presentes os demais requisitos objetivos, resta sob seu domínio a decisão sobre o oferecimento ou não do acordo, quando o órgão acusador poderá decidir que um cidadão responda ou não a uma persecução penal, com todos os riscos e os ônus inerentes à posição de réu em uma persecução criminal que, por si só, é desgastante – para dizer o mínimo.

Naturalmente, a decisão pela celebração ou não do acordo perpassa também pela reflexão crítica do próprio acusado e de sua defesa técnica que, em conjunto, devem avaliar o custo-benefício da utilização estratégica do acordo mediante análise o caso em concreto. Afinal, o processo penal é, em certa medida, também um “jogo de tabuleiro”, e vence quem tem a melhor estratégia. À legislação, incumbe promover regras que assegurem a igualdade nessa disputa²⁴⁹, mantendo-se o dever de boa-fé e transparência dos envolvidos.

Todavia, não é difícil concluir que é nas mãos do órgão acusatório que se concentra o maior poder de disposição do ANPP, dado que o acusado já se encontra, por natureza, em

²⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 15.

²⁴⁸ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 20.

²⁴⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 230.

posição de vulnerabilidade no bojo de uma acusação criminal. Não restam dúvidas de que em um Estado Democrático de Direito as razões que informam tal decisão não podem se pautar por interesses individuais dos membros do Ministério Público.

Sob outro ponto de vista, o maior poder de negociação das condições a serem cumpridas pelo acusado também está centrado no Ministério Público, encerrando indesejável desequilíbrio de forças entre acusação e defesa que deve ser mitigado para se resguardar o pressuposto da consensualidade do instituto e evitar tanto “contratos de adesão” pré-definidos unilateralmente, quanto eventuais excessos na definição das condições.

É certo que a Lei nº. 13.964/2019 inseriu algumas possibilidades de parâmetros legais para o ajuste das cláusulas nos incisos I a IV do artigo 28-A, mas há uma importante janela em aberto com a previsão constante do inciso V – “cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada” –, que não deve ser vista como ilimitada, mas antes restrita aos direitos e garantias dos acusados. Ainda que não haja pena privativa de liberdade – ponto importante para a diminuição do “encarceramento em massa” –, prejuízos outros serão suportados pelo acusado, seja na restrição de direitos ou na restrição de bens²⁵⁰.

Para reforçar a necessidade de que haja meios para mitigar o natural desequilíbrio de forças entre acusação e defesa, recorre-se à valiosa lição de Luigi Ferrajoli:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.²⁵¹

Nesse contexto, há que se cogitar ainda dos riscos de que a principal clientela do processo penal, nem sempre assistida por uma defesa técnica efetiva, seja atingida de modo automatizado pela larga aplicação do acordo de não persecução penal. Isto é, a necessidade de se resguardar mecanismos de controle da atuação do acusador público é também imprescindível não só para se evitar ocasionais favoritismos e subjetivismos, mas também para que o instituto não seja indevidamente utilizado como um atalho investigativo, como complemento de um expediente investigatório que não tenha tido resultados robustos para o oferecimento de

²⁵⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. cit., p. 71.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

denúncia, agora complementado com a confissão e a celebração do acordo com o investigado, pressionado pelo temor de enfrentar os riscos de um processo penal.

Afinal, “o modelo de ação regida pelos princípios da oportunidade e da disponibilidade (em relação ao caso penal) só pode prosperar se a investigação preliminar for bem feita e fornecer ao acusador elementos de prova suficientes para tomar aquela decisão que parece ser a mais importante de toda a estrutura da persecução penal: acusar ou não.”²⁵².

Para tanto, compreende-se que a atuação ministerial deve cingir-se aos limites legais e infra legais, estabelecidos mediante normativos internos ao próprio órgão, a fim de que a aplicação do ANPP ocorra sem favoritismos ou subjetivismos, mas de modo isonômico, sob pena de mera perpetuação e agravamento do criticado caráter seletivo do sistema de justiça criminal no Brasil, para além da evidente violação aos princípios constitucionais.

Com efeito, a atuação do Ministério Público no âmbito da oportunidade legalmente regulada é medida imprescindível para a observância dos princípios do processo penal democrático na aplicação do ANPP, que deve ser pautado pela boa-fé dos envolvidos, por uma defesa técnica efetiva, pela transparência e observância aos critérios legais na atuação do órgão ministerial, pela clareza da exposição das consequências ao acusado, e por um controle jurisdicional que não seja mera ficção²⁵³.

2.3. Mecanismos de controle à vontade do Ministério Público no âmbito do acordo de não persecução penal

A introdução da figura despenalizadora do acordo de não persecução penal foi primeiro realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, com a Resolução nº. 181/2017, posteriormente modificada pela Resolução nº. 183/2018. As resoluções previam os parâmetros para a celebração do acordo, de modo especial, instituíam as obrigações que deveriam ser cumpridas pelo acusado para evitar a deflagração da ação penal. Contudo, essas resoluções não traziam segurança jurídica às partes, tanto para o órgão de acusação, quanto para os acusados, por tratar-se de norma administrativa com conteúdo de competência legislativa exclusiva da União – matérias afetas ao direito penal e processual penal²⁵⁴.

²⁵² NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit., p. 137.

²⁵³ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 35.

²⁵⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. *Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal*. cit., p. 68.

Com a entrada em vigor da Lei nº. 13.964/2019, inseriu-se o art. 28-A, com a previsão legal do instituto, agora acobertado pelo princípio da reserva legal. Como todo novo instituto e dada a amplitude de seu âmbito de aplicação e de seus termos legais, a vigência da legislação atinente ao ANPP provocou debates na comunidade jurídica nacional sobre a sua natureza, âmbito de aplicação, e a possibilidade de controle da recusa do Ministério Público em oferecê-lo, quando presentes os requisitos legais.

Diante das controvérsias, normas internas vêm sendo editadas no âmbito do Ministério Público, a fim orientar os membros da instituição na interpretação da Lei Anticrime. As Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em especial a 2ª CCR, órgão incumbido da coordenação, integração e revisão do exercício funcional dos membros do Ministério Público Federal na área criminal, tem editado orientações e recomendações para que os membros da instituição, respeitada a independência funcional, observem determinados parâmetros na realização dos acordos de não persecução penal, como é o caso da Orientação Conjunta nº. 03/2018, da Orientação nº. 40/2020 e Enunciado nº. 98/2020²⁵⁵.

No âmbito do Ministério Público Estadual, por sua vez, também foram aprovados enunciados elaborados pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal²⁵⁶, aprovados pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União²⁵⁷, uma associação dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Ministério Públicos dos Estados e da União, criada para a defesa dos princípios, prerrogativas e funções institucionais, também com vistas a orientar seus membros na interpretação e aplicação do novo instituto.

Verifica-se, assim, que a Lei Anticrime deixou lacunas e incertezas quanto a sua aplicação, de modo que os enunciados acima destacados apresentam força persuasiva sobre a conduta funcional dos membros do Ministério Público. Isso porque tais diretrizes apresentam a visão institucionalizada do Ministério Público – por vezes, possivelmente, parcial –, verdadeiro espelho do pensamento jurídico levado a efeito pelos membros da instituição sobre os dispositivos da nova lei, especificadamente quanto ao acordo de não persecução penal, com destaque para a natureza do instituto e sua exigibilidade em juízo²⁵⁸.

²⁵⁵ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2>>, acesso em 05.01.2021.

²⁵⁶ Disponível em <<https://www.mpse.mp.br/index.php/2020/01/24/cnpg-aprova-enunciados-produzidos-pelo-gnccrim-para-orientar-a-atuacao-dosmembros-do-mp-sobre-a-lei-anticrime/>>, acesso em 20.01.2021.

²⁵⁷ Disponível em <https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>, acesso em 20.01.2021.

²⁵⁸ RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias. cit., p. 1545.

Assim, a ausência de limites legais claros e bem definidos como parâmetros para a celebração do acordo de não persecução penal, reforça a necessidade de mecanismos de controle da atuação do acusador público, para evitar ocasionais violações ao princípio da igualdade e arbitrariedades no exercício da oportunidade concernente ao ANPP.

A própria iniciativa do órgão ministerial na elaboração de normativos internos para orientar e uniformizar a atuação de promotores e procuradores na aplicação do ANPP, reforça o posicionamento adotado neste trabalho, segundo o qual se defende que apenas no âmbito da oportunidade legalmente regulada será possível que o órgão acusador *justificadamente* decida por apresentar ou não a proposta de acordo de não persecução penal, fundamentando a decisão de acordo com o comando previsto no texto de lei.

Caso contrário, cogitar de ampla discricionariedade quanto a propositura ou não da medida encerraria condutas potencialmente violadoras do princípio da igualdade de tratamento, em franca violação à legalidade. A ação penal não está à disposição do Ministério Público, sendo impensável que se utilize da persecução penal para favoritismos e subjetivismos que não têm lugar no processo penal democrático. No âmbito da justiça criminal negocial, para se reduzir a possibilidade de abusos, a decisão do promotor deve se pautar por critérios objetivos e previstos na lei²⁵⁹, a fim de que a atuação do acusador seja transparente e previsível²⁶⁰.

O primeiro dos requisitos a ser observado é, sem dúvida, a existência de indícios de autoria e materialidade que confirmam justa causa²⁶¹ para eventual persecução penal. No ponto, a posição de Marco Aurélio Nunes da Silveira corrobora o entendimento segundo o qual uma substancial investigação preliminar se mostra essencial para a justiça penal consensual: “a ideia de uma justiça penal consensual poderia representar significativo avanço, desde que pudessem ser reunidas certas condições materiais, dentre as quais uma investigação preliminar realizada de forma séria e suficiente aparece como a mais importante delas.”²⁶²

Com efeito, o ANPP não deve servir como um “atalho investigativo”, mas apenas deve ser proposto como uma alternativa à propositura da ação penal, e não uma alternativa a eventual arquivamento da investigação. Caso não existam elementos para a deflagração da ação penal, ou a investigação deve prosseguir, ou deverá ser arquivada. A própria Orientação Conjunta n.º. 03/2018, da 2ª CCR/MPF assim o prevê:

²⁵⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 97.

²⁶⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. cit., p. 62.

²⁶¹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. cit., p. 430-431.

²⁶² NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit., p. 135.

1 Verificando não ser o caso de arquivamento do inquérito policial (IPL), da notícia de fato (NF) ou do procedimento investigatório criminal (PIC), o membro oficiante determinará que os autos sejam instruídos com os antecedentes criminais do investigado a fim de examinar a possibilidade de proposição de acordo de não persecução penal.²⁶³

Desta feita, dentre as possíveis discussões envolvendo o ANPP, incumbe-nos perquirir nesse trabalho se há obrigatoriedade ou não de o órgão acusatório oferecer o acordo quando atendidas as exigências legais. É dizer: existe obrigatoriedade de que o membro do Ministério Público ofereça o acordo, ou se trata de uma faculdade? Embora o texto legal do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, utilize o termo “poderá”, nos termos dos tópicos acima, não há que se falar em ampla discricionariedade do acusador público²⁶⁴. Sua liberdade de atuação no ANPP deve ser delimitada, vinculada, e submetida a critérios que regulamentem suas possibilidades de atuação, a fim de reduzir as possibilidades de incorrer em arbitrariedades.

Para expandir o horizonte de análise, tem-se que, no *patteggiamento*, mecanismo de barganha italiano, a discricionariedade do acusador é limitada, justamente diante da obrigação de justificar eventual recusa, que será verificada pelo juiz. Caso o magistrado compreenda tratar-se de recusa injustificada, ao final do procedimento, concederá a redução solicitada pelo acusado, o que demonstra a compreensão de que o acordo constitui direito subjetivo do réu²⁶⁵.

Compreende-se que a decisão do órgão acusador pela não formalização da acusação em juízo, por exemplo com a formalização do ANPP, encerra o exercício de uma discricionariedade acusatória²⁶⁶, aqui entendida como o exercício da oportunidade legalmente regulada. Admitir a existência de uma mera faculdade, com a possibilidade de que o acusador livremente escolha entre propor o ANPP ou oferecer a denúncia, sem atrelar-se aos limites legais e sem apresentar a justificativa de sua decisão é insustentável e incompatível com as garantias constitucionais vigentes no sistema jurídico pátrio.

Por evidente, o Poder Judiciário pode e deve intervir em casos de ilegalidade patente²⁶⁷, determinando-se o encaminhamento ao órgão superior do Ministério Público ou, por exemplo,

²⁶³ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 07.01.2021.

²⁶⁴ No mesmo sentido, mas tratando sobre o acordo de colaboração premiada é o posicionamento de Vinícius Vasconcellos: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 95.

²⁶⁵ VASCONCELLOS, Vinícius G.; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015, p. 446.

²⁶⁶ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 67.

²⁶⁷ “Em síntese, o controle judicial aos atos estatais pode e deve ser utilizado para a salvaguarda dos direitos fundamentais.” (RESENDE, Augusto César Leite de. *Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias*., cit., p. 1567).

com a determinação de que o membro oficiante fundamente as razões de sua decisão, em nome da transparência da atuação ministerial, e sob pena de suprimir a possibilidade de que a defesa divirja do posicionamento apresentado.

A própria Lei nº. 13.964/2019 instituiu um controle judicial do acordo de não persecução penal, embora mitigado, conforme o artigo 28-A, §14: “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”. Neste caso, entende-se que o membro do MP não poderá oferecer denúncia de imediato, sob pena de esvaziar-se a razão de ser da norma²⁶⁸.

Em outras palavras, mediante provocação da parte, caso o magistrado não concorde com para a recusa do órgão ministerial em propor o acordo, poderá determinar a remessa ao Procurador-Geral de Justiça, ou à Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, a depender da esfera estadual ou federal. A princípio, a providência parece adequada, porque mantém o Ministério Público em um dos polos do acordo, preservando sua posição de instituição pela qual o Estado busca a satisfação do interesse punitivo. No entanto, referida previsão legal se revela insuficiente, uma vez que a palavra final será sempre do próprio Ministério Público²⁶⁹, na esteira do que prevê o artigo 28, também do Código de Processo Penal²⁷⁰.

Nesse ponto, Augusto Resende defende que a recusa do Ministério Público em oferecer o acordo de não persecução penal pode ser objeto de controle judicial por meio da impetração de *habeas corpus*, garantia fundamental e adequado para assegurar a plenitude do direito à liberdade de locomoção²⁷¹. Concorde-se com tal posicionamento, na hipótese em que o magistrado não atenda a pedido da defesa com base na previsão legal do §14 ou para o caso de que a manifestação ministerial não tenha sido fundamentada, limitado à possibilidade de que a ordem seja concedida tão somente para determinar que o órgão superior do Ministério Público analise as razões da defesa e apresente manifestação fundamentada a respeito da decisão pelo oferecimento ou não da avença²⁷². Mesmo porque, como preleciona o autor, negar a

²⁶⁸ BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 102.

²⁶⁹ LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 5-20, 2019, p. 12.

²⁷⁰ Código de Processo Penal: “Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.”

²⁷¹ RESENDE, Augusto César Leite de. *Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias.*, cit., p. 1570.

²⁷² Em caso recentemente apreciado pela Segunda Turma do STF, este foi exatamente o entendimento do colegiado, segundo o qual o pedido da defesa pela remessa ao órgão superior do Ministério Público só poderá ser

possibilidade de controle jurisdicional caracterizaria violação ao direito de acesso à justiça, direito humano à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁷³, segundo o qual:

Artigo 25. Proteção judicial

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Aliás, é com base no dispositivo legal acima transcrito que Augusto Resende entende inadmissível a tese de que não poderia o Poder Judiciário conceder o acordo de não persecução penal, à revelia do Ministério Público, mesmo na presença dos requisitos legais²⁷⁴. Outros autores também defendem tal possibilidade, como Aury Lopes Jr.:

Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional.²⁷⁵

Discorda-se de tal posicionamento em atenção aos princípios basilares do sistema acusatório, notadamente a titularidade exclusiva do Ministério Público sobre a ação penal pública, e a separação das funções entre os principais atores processuais, adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro de modo expresso com a nova redação do artigo 3º-A, dada também pela Lei Anticrime (Lei nº. 13.964/2019): “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”.

Ainda, diante da moldura consensual do acordo de não persecução penal e da impossibilidade de que o acordo seja celebrado diretamente entre o magistrado e o suposto autor

negado quando se tratar de caso em que manifestamente inadmissível o ANPP (STF, HC 194.677/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, j. em 11.05.2021).

²⁷³ Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>, acesso em 17.01.2021.

²⁷⁴ Para o autor: “Inadmissível, portanto, a tese segundo o qual não cabe ao Poder Judiciário conceder, à revelia do Ministério Público, titular da ação penal, o benefício do “Acordo de Não Persecução Penal”, ainda que seus requisitos legais estejam presentes no caso concreto, uma vez que ‘o Estado tem o dever de garantir um recurso efetivo quando violações forem cometidas pelos seus agentes, não podendo se furtar de aceitar ou prover remédios legais sob a alegação de que o agente cometeu o ato no estrito cumprimento de suas funções.’” (RESENDE, Augusto César Leite de. *Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias.*, cit., p. 1572).

²⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* cit., p. 262.

do fato delitivo pela exclusividade do múnus público do Ministério Público, emerge o descabimento da possibilidade de que os benefícios da proposta sejam concedidos unilateralmente pela autoridade judicial.

Cogitar-se da decisão do órgão judicante pela não persecução penal e pela concessão dos benefícios do ANPP, ainda que o *parquet* discorde, é subverter a ordem e a distinção das funções de acusar e julgar. Assim, motivada a recusa, e divergindo a defesa ou o juiz de tal postura, após remessa ao órgão superior do Ministério Público para manifestação, na hipótese em que se confirme a decisão do membro oficiante em primeiro grau, a decisão será vinculante para o magistrado, restando encerrada a tentativa de resolução pelo consenso²⁷⁶.

Compreende-se que o acusado tem o direito à *fundamentação* da decisão ministerial pela recusa pela celebração do acordo de não persecução penal, da qual poderá discordar e apresentar suas razões para tanto ao órgão superior, mas não tem ele o direito aos benefícios do acordo em caso de fundada recusa, ainda que o juiz concorde com os argumentos defensivos²⁷⁷. Cogitar de modo diverso implica em avançar o magistrado na prerrogativa ministerial de titularidade da persecução penal, em violação à lógica do sistema acusatório.

No ponto, defende-se que a possibilidade de que o juiz, de ofício, discordando da posição ministerial pelo não oferecimento do ANPP, determine a remessa ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do artigo 28, do CPP, e por aplicação analógica da Súmula 696, do Supremo Tribunal Federal, para além da possibilidade de que o magistrado rejeite a ação penal proposta, por ausência de justa causa para a persecução penal²⁷⁸, dentro dos limites de sua atuação jurisdicional²⁷⁹. Compreende-se, contudo, que o tema não é simples, e há espaço para discussão e inovações a partir dos entendimentos jurisprudenciais que ainda serão firmados sobre o novo instituto, a exemplo do ocorrido com o acordo de colaboração premiada, cujos

²⁷⁶ De modo semelhante, em estudo sobre a transação penal, Rosimeire Ventura Leite: “Assim, fundada ou não a recusa, motivada ou imotivada, divergindo o juiz de tal postura, deve encaminhar o termo circunstanciado para a autoridade acima referida. Se esta entender que, efetivamente, a proposta é incabível, tal decisão será vinculante para o magistrado e fica encerrada a tentativa de resolução pelo consenso.” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 171).

²⁷⁷ Este foi o entendimento da Segunda Turma do STF, em caso recente sobre o acordo de colaboração premiada, que, no ponto, segue lógica semelhante ao do ANPP: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao Ministério Público a celebração de acordo de colaboração premiada, notadamente como ocorre na hipótese, em que motivada a indicação das razões que, na visão do titular da ação penal, não recomendariam a formalização do discricionário negócio jurídico processual.” (STF, AgRg no MS 65.693, Relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 24.7.2020).

²⁷⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 825.

²⁷⁹ A lição de Marco Aurélio Nunes da Silveira ao defender que, no sistema acusatório, a presunção de inocência deve ser afirmada por um “juiz-árbitro”, corrobora: “Na estrutura acusatória, sempre que o acusador não se desincumbir do ônus de provar, peremptoriamente, a autoria e a materialidade do crime, a presunção de inocência deve vir afirmada por um juiz-árbitro, realidade quase impossível no atual processo penal brasileiro, marcado pela iniciativa probatória do juiz. (NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit., p. 134).

contornos foram tratados em importantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal, muitos hoje consagrados pelas inserções trazidas pela Lei nº. 13.964/2019.

Ainda, excetuadas as hipóteses em que o Ministério Público se recuse injustificadamente a fazer a proposta de acordo de não persecução penal, caso seja o juiz que se negue a homologar o acordo, não obstante satisfeitos os requisitos legais, entende-se pela possibilidade de que seja impetrado mandado de segurança contra ato jurisdicional, ou *habeas corpus*²⁸⁰, para além da possibilidade de interposição de recurso em sentido estrito²⁸¹, autorizado pela nova legislação no artigo 581, inciso XXV, do Código de Processo Penal.

Exatamente para coibir eventuais arbítrios e lesões ao princípio da igualdade, a necessidade de que os órgãos de acusação, no exercício da oportunidade, se atentem às diretrizes previstas em lei formal ou em atos regulamentares que sejam capazes de assegurar e promover abordagens consistentes do processo decisório – o que também envolve a decisão sobre a formalização da acusação, ou a sua disposição no curso do processo – está prevista no Compêndio de Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, que contempla diretrizes para boa governança e integridade do sistema de justiça criminal, no item 17:

Funções discricionárias

17. Em países onde os promotores são revestidos com funções discricionárias, a lei, regras ou regulamentos publicados devem prover as diretrizes para aprimorar a justiça e a consistência da abordagem para tomar decisões na instauração de processo, incluindo sua instituição ou a desistência do processo.

Alternativas à instauração do processo

18. De acordo com lei nacional, os promotores devem dar a devida consideração à desistência de processos, descontinuando procedimentos condicional ou incondicionalmente, ou desviando casos do sistema de justiça formal, com total respeito pelos direitos do(s) suspeito(s) e da(s) vítima(s). Para esse fim, os Estados devem explorar totalmente a possibilidade de adotar planos alternativos, não apenas para aliviar o peso excessivo sobre os tribunais, mas também para evitar a estigmatização da detenção pré-julgamento, indiciamento e condenação, e também os possíveis efeitos adversos do encarceramento.²⁸²

Na mesma linha, o próprio oferecimento do ANPP ao acusado é previsto pelo art. 28-A como etapa *antecedente* ao oferecimento de denúncia, quando houver elementos mínimos de

²⁸⁰ No mesmo sentido, em obra sobre os mecanismos consensuais da Lei nº. 9.099/95, também já se defendeu pela possibilidade de mandado de segurança ou *habeas corpus* contra o ato jurisdicional de recusa da homologação do acordo, mesmo presentes os requisitos legais: GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F.. *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5a ed.. São Paulo: RT, 2005, p. 172-173.

²⁸¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 825.

²⁸² BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal*. Organização: Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 339, n. 17 e n. 18.

autoria e materialidade do comportamento atribuído ao imputado que configure uma infração com pena mínima de até quatro anos. O recentíssimo Enunciado nº. 98/2020, atualizado em agosto de 2020 pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal foi além, e assentou o cabimento do acordo de não persecução penal também em processos em curso quando da introdução da Lei Anticrime, desde que preenchidos os requisitos legais:

Enunciado nº 98

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão.

Alterado na 187ª Sessão Virtual de Coordenação, de 31/08/2020.²⁸³

Em uma leitura crítica do Enunciado nº. 98/2020, a problemática da posição institucionalizada demonstra uma visão parcial do órgão, robustecendo a questão posta neste capítulo: a ampla discricionariedade do Ministério Público no âmbito do ANPP, ao alargar ainda mais seu âmbito de atuação quando confere ao membro oficiante a possibilidade de analisar se eventual sentença ou acórdão seria mais adequado para o deslinde dos fatos do que a celebração do acordo. É dizer: nada obstante os requisitos legais estejam preenchidos em uma ação penal ainda em curso, poderá o promotor ou procurador oficiante no caso analisar eventual decisão condenatória que, a seu próprio juízo, se mostre mais adequada ao caso. Com base em quais critérios?

Também por essa razão é que se compreende o ANPP enquanto negócio jurídico processual que encerra um *poder-dever* do Ministério Público, o que se mostra a solução mais acertada juridicamente para que o novel instituto seja aplicado em consonância com os princípios constitucionais do processo penal. Desta feita, uma vez verificado o preenchimento dos requisitos legais, antes do oferecimento da denúncia ou no curso da ação penal, deve o órgão ministerial formular a proposta de ANPP ou recusar-se a fazê-lo, *motivadamente*, no exercício da *oportunidade legalmente regulada*, quando não entender pertinente a medida no caso em concreto.

A obrigação de motivar eventual recusa ao acordo é prevista pela Orientação Conjunta nº. 03/2018, do Ministério Público Federal:

²⁸³ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>>, acesso em 09.01.2021.

1.2 O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo membro do MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.

1.3 Em caso de proposta de acordo pelo investigado e de *recusa fundamentada do membro do MPF*, o investigado poderá requerer a remessa dos autos à Câmara de Coordenação e Revisão correspondente, nos termos do art. 62, IV, da LC no 75/93. O investigado será informado sobre o direito de revisão preferencialmente no mesmo ato em que se comunicar o indeferimento da proposta.²⁸⁴

A participação do titular da ação penal no ANPP não é um ato secundário, mas sim um dos elementos primordiais para a concretização do instituto, o momento que se viabiliza a interação e o diálogo que se pretende com a introdução do mecanismo de resolução consensual. Urge, assim, que sua atuação seja em absoluta consonância com os ditames do processo penal democrático, atentando-se aos requisitos legais e à imprescindível necessidade de motivação de sua decisão – seja pelo cabimento ou não do acordo no caso em concreto.

Defende-se, portanto, que tanto a decisão pela proposição do acordo de não persecução penal, quanto a decisão pelo seu não oferecimento, devem ser motivadas pelo acusador, em atenção ao dever de transparência e observância dos critérios legais, para que reste suficientemente fundamentada e demonstrada a presença dos requisitos legais objetivos e as razões segundo se compreende ou não o acordo como necessário e suficiente à reprovação e prevenção do delito²⁸⁵. Assim, sequer eventuais razões acobertadas pelo sigilo que possam embasar a recusa em algumas situações não podem solapar o dever de transparência e a necessidade de controle sobre a atuação ministerial no ANPP, sendo cabível ao menos indicar a sua existência, para divulgação quando possível²⁸⁶.

Apenas mediante manifestação devidamente fundamentada e em observância aos critérios legais e regulamentações internas é que será possível garantir segurança jurídica a todos os envolvidos, em observância aos princípios constitucionais que regem o processo penal. Assim é que a atuação ministerial no bojo do ANPP poderá ser submetida ao escrutínio não só da defesa, que poderá valer-se de recursos previstos em lei caso discorde das conclusões

²⁸⁴ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 07.01.2021.

²⁸⁵ “Aqui se deve sopesar de forma cuidadosa o requisito da suficiência, notadamente tendo em conta a gravidade do delito e suas demais circunstâncias, as consequências do crime para a vítima, a culpabilidade do infrator, sua conduta social, e sua motivação. O Ministério Público deve apresentar fundamentação adequada para recusar a formalização de ANPP com base nesta cláusula, que deve ser sempre invocada economicamente e com prudência.” (ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 198).

²⁸⁶ Na mesma linha, em estudo sobre a colaboração premiada, defende Vinícius Vasconcellos: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 98.

apresentadas, mas também do próprio órgão jurisdicional, o qual deverá zelar pelo estrito cumprimento do princípio da legalidade, e ao controle interno ao Ministério Público.

A atuação ministerial dentro de um cenário de oportunidade legalmente regulada também confere a possibilidade de impedir-se a utilização velada do que Antonio Suxberger chama de “códigos”²⁸⁷ utilizados pelos atores de justiça criminal no exercício da discricionariedade dos casos a serem perquiridos – códigos estes que culminam por explicar a própria seletividade que se vislumbra no sistema de justiça criminal no Brasil²⁸⁸. No ponto, pertinente a crítica de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, ainda a respeito da exposição de motivos da Lei nº. 9.099/95:

Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos. Não se desconhece que, em elevadíssima percentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito, o Ministério Público não oferece a denúncia, esse mesmo órgão e o juiz agem de modo a que se atinja a prescrição.²⁸⁹

A inserção de espaços de consenso devidamente regulamentados é uma das formas de pôr fim a um espaço decisório invisível e livre de instrumentos de controle que há muito se encontra enraizado no sistema de justiça criminal brasileiro²⁹⁰, cuja maior clientela é de jovens pretos e pobres, retrato de tantas desigualdades acumuladas e perpetradas.

A imprescindibilidade de uma atuação ministerial fundamentada e atinente às diretrizes previamente estabelecidas é de tamanha importância que o autor defende, ainda, que a seletividade da atividade acusatória determina a própria política criminal do Estado, razão pela qual entende ser necessário um rearranjo normativo que acolha a incidência do princípio da oportunidade na atividade acusatória – e cita como exemplo a própria edição da Resolução n. 181, do CNMP, que atualizou a regulamentação do poder investigatório do Ministério Público e primeiro desenhou os contornos do ANPP²⁹¹.

É importante consignar que não se defende a atuação ministerial no ANPP como um ato vinculado, sob pena de se esvair a pretendida consensualidade do instituto, estabelecendo-se uma subdivisão do princípio da obrigatoriedade. Defende-se a possibilidade de uma atuação ministerial em observância à oportunidade legalmente regulada, que não importa em uma

²⁸⁷ Ver nota 124. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 70-71.

²⁸⁸ Idem, p. 73.

²⁸⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal*. São Paulo: IBCCRim, 1997, 240 p. (Monografias, 3), p. 157.

²⁹⁰ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 169.

²⁹¹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 74.

liberdade discricionária absoluta, mas sim a flexibilidade de atuação dentro dos parâmetros legais que encerram os requisitos para o acordo, devidamente justificada e fundamentada no caso concreto.

Pela mesma razão, há hipóteses em que o acordo de não persecução penal é expressamente vedado pela lei processual penal – por exemplo: quando admissível a transação penal, quando o agente for reincidente ou já tiver sido beneficiado nos cinco anos anteriores, e nos crimes praticados em sede de violência doméstica ou familiar.

A necessidade de que a atuação ministerial esteja adstrita aos limites regulamentados, com decisão devidamente fundamentada seja pela proposta ou não do acordo de não persecução penal, é medida necessária também para fins de resguardar-se a independência funcional do membro oficiante. Isso porque, acaso atue em franca discricionarietà, pautado por favoritismos e subjetivismos, o membro do Ministério Público pode estar sujeito também às penalidades a serem impostas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, após a devida apuração da infração disciplinar, nos termos da Lei Complementar nº. 75/1993.

Os crimes de abuso de autoridade, recém inseridos no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº. 13.869/2019, também podem incidir nos casos em que a atuação do órgão ministerial no âmbito do ANPP ocorra em desconformidade com os limites legalmente previstos, a fim de responsabilizar aqueles que, eventualmente, ultrapassem os limites do princípio da independência funcional, inservível para abonar atuação teratológica²⁹².

A atuação do órgão ministerial em consonância com as normas que regulamentam o ANPP, pautada pela oportunidade legalmente regulada e pelo dever de motivação de suas decisões, é medida que se amolda aos pressupostos de um processo penal democrático, e é imprescindível para todos os atores da justiça criminal: para o acusado, para o poder judiciário, para as autoridades policiais, e também para o próprio representante ministerial.

²⁹² MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, RT 715/571, maio 1995. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>>, acesso em 10 jan 2021.

3. CAPÍTULO 3 – OS DIFERENTES ATORES ENVOLVIDOS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MECANISMOS DE CONTROLE

3.1. Normativos internos ao Ministério Público como mecanismos de controle à atuação ministerial no acordo de não persecução penal

Não há dúvidas de que o principal ator para a realização do acordo de não persecução penal é o titular da ação penal que, em regra, será também o proponente. Assim o prevê o artigo 28-A, do CPP. Lado outro, não há qualquer óbice de que o primeiro contato parta da defesa do investigado, ao manifestar interesse em entabular negociações para eventual acordo.

Do ponto de vista institucional, o uso de instrumentos da justiça penal negociada é tema muito caro ao Ministério Público, uma vez que veicula política criminal de extrema relevância através do exercício da oportunidade – aqui compreendida como a oportunidade legalmente regulada – na avaliação do oferecimento ou não da acusação.

Quando decide por acusar ou não, por arquivar ou transacionar com o investigado, o Ministério Público está promovendo política criminal do Estado no âmbito da persecução criminal²⁹³. A instrumentalização da justiça criminal negocial por meio de espaços de oportunidade no processo se diferencia de mecanismos puros de oportunidade, primeiro porque estes admitiriam a não persecução penal de delitos em casos específicos, sem a imposição de qualquer sanção ou consequência penal e, em segundo lugar, pela necessidade de participação de ambas as partes – acusação e defesa – com necessidade de manifestação volitiva para a convergência de desígnios²⁹⁴.

No que tange ao ANPP, mecanismo mais recentemente inserido, seu potencial de larga utilização²⁹⁵ já está sendo observado nos Tribunais brasileiros. No âmbito do Ministério Público Federal, até o mês de setembro de 2020, mais de cinco mil acordos já foram celebrados²⁹⁶. A proeminência do instituto exige que se estabeleçam sistemas de controle capazes de evitar ocasionais aporias na sua aplicação²⁹⁷. Nas palavras de Soraia Mendes e Augusto Souza, é

²⁹³ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 171.

²⁹⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 25.

²⁹⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 7-8.

²⁹⁶ “Justiça Consensual: MPF já fechou mais de 5 mil acordos de não persecução penal”. Portal Consultor Jurídico, 17.09.2020, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-acordos-nao-persecucao-penal>>, acesso em 10.03.2021.

²⁹⁷ Nesse sentido: “Existem diversas formas de implementar-se um sistema de acordo penal, sendo certo que o desenho normativo de um sistema que tal é importantíssimo para minorar os riscos de injustiça, que inegavelmente

necessária “uma remodelação da forma de atuação dos órgãos integrantes do sistema de justiça a quem incumbe a efetivação de políticas criminais em âmbito jurisdicional, especialmente o Ministério Público e o Poder Judiciário, para que se adequem a essa nova realidade, rompendo antigos modelos de atuação que se mostraram ineficazes e explorando os novos instrumentos”²⁹⁸.

No capítulo anterior restaram demonstradas as razões pelas quais se entende a necessidade da *existência* de tais mecanismos, a fim de complementar os parâmetros legais objetivos para a realização do ANPP e assegurar tratamento igualitário e em observância às garantias constitucionais, para além de conferir transparência à atuação ministerial e possibilidade de controle da decisão pela não persecução penal.

Por outro lado, a importância de se estabelecer balizas claras de racionalidade e conformação do poder exercido pelo Ministério Público na deflagração ou não da persecução penal perpassa também pelo reconhecimento de que, embora se cuide de medida despenalizante, por afastar o processo penal tradicionalmente considerado como resposta formalizada e estigmatizante do Estado, o acordo de não persecução penal também amplia e intensifica consideravelmente o controle penal. Antonio Suxberger assim ensina:

Isso porque o acordo retira esfera considerável de insucesso da persecução penal na busca pela imposição de sanção penal. Ao concordar voluntariamente com medidas de responsabilização, o investigado confesso toma certa a imposição de medida que, se não implica sanção penal em seu sentido mais estrito, cumpre informalmente as propaladas missões de retribuição e prevenção que subjacem ao próprio discurso de existência do Direito Penal e de sua resposta por meio da pena.²⁹⁹

Do ponto de vista interno ao órgão, tal como já se estabelece sobretudo no âmbito do MPF, normativos internos são recomendáveis, a fim de orientar e uniformizar a atuação de seus membros e evitar tratamentos anti-isonômicos, e devem ser revisitados e aprimorados com a constância necessária. Entende-se pertinente, ainda, que novos normativos internos sejam elaborados, com o estabelecimento de diretrizes básicas e pressupostos de atuação dos representantes ministerial em negociações no âmbito criminal, com a previsão de sanções administrativas em caso de má conduta, justamente a fim de evitar violações aos princípios constitucionais, notadamente o princípio da isonomia. Nada obstante a Lei Complementar nº

podem derivar da adoção dessas práticas.” CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal* – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). cit., p. 51.

²⁹⁸ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./dez. 2020, p. 1204.

²⁹⁹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 93.

75/1993 já disponha sobre as sanções aplicáveis aos membros do Ministério Público, pensa-se que normas específicas a respeito do ANPP, que aborde possíveis meios de coibir eventual má conduta do representante ministerial terão caráter mais efetivo.

Não se cogita de minar a independência funcional do membro do Ministério Público, mas sim reforçar a postura institucional frente a importantíssima política criminal veiculada através do ANPP. Situação semelhante ocorreu e ainda ocorre com o acordo de colaboração premiada³⁰⁰, mediante a edição também de normativos internos a fim de uniformizar a atuação ministerial, sem prejuízo à independência funcional.

Como exposto ao longo do estudo, defende-se que a postura do acusador não pode ser livremente discricionária, mas sim restrita aos pressupostos e requisitos definidos por lei, em decisão motivada e submetida a controle interno ao próprio órgão ministerial, ou externamente, pelo Poder Judiciário. Nas palavras de Vladimir Aras: “A discricionariedade não pode subsistir sem controle.”³⁰¹. Em caso de negativa ilegítima, a defesa poderá requerer ao julgador a remessa ao órgão superior do Ministério Público para assegurar o direito do acusado à motivação idônea da decisão pela não propositura do acordo, conforme abordado no tópico anterior.

Neste momento do estudo, pretende-se levantar possibilidades sobre o conteúdo em si considerado dos mecanismos de controle interno ao órgão acusador, para uniformizar as orientações sobre pontos sensíveis no que tange à atuação do Ministério Público no ANPP, sempre no sentido de minorar os riscos de injustiças na sua aplicação. Mais adequado do que apenas apresentar os problemas dos instrumentos da justiça negocial penal, pretende-se elencar possíveis soluções para a sua conformação com os princípios do processo penal.

Tem-se que a definição de diretrizes e normas internas de conduta, com previsão de sanções em caso de descumprimento, é medida recomendável e reforçada também pela inafastável conclusão de que, no Brasil, “*o direito penal tem cor*”, de modo que a parcela mais pobre e marginalizada da sociedade é a clientela principal do sistema de justiça criminal³⁰² e, por certo, a mais vulnerável a abusos e excessos de toda ordem.

³⁰⁰ Nesse sentido, ver VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 97.

³⁰¹ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 168.

³⁰² BEM, Leonardo Schmitt de; FUZIGER, Rodrigo José. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 118.

Essa grande massa, que engrandece os números da justiça criminal, em locais em que não há defensoria pública, nem sempre pode ser assistida por profissionais qualificados³⁰³, realmente comprometidos com as causas³⁰⁴, ficando mais suscetíveis a possíveis violações a seus direitos decorrentes de eventual má conduta por parte do órgão acusador e ausência de defesa técnica efetiva, reduzindo significativamente seu poder de negociação nos casos em que o ANPP se aplique e seja uma opção do acusado.

Há que se empreender esforços mediante normativos internos para que as tratativas sejam pautadas pela transparência, realizadas preferencialmente em um ambiente que favoreça a igualdade de condições para que as negociações se estabeleçam de modo equilibrado. A assistência por defesa técnica³⁰⁵ encerra previsão legal no artigo 28-A, §3º, do CPP e, aliada ao consentimento informado do agente – consciente do que se encontra nos autos do procedimento, dos riscos e dos possíveis benefícios advindos do acordo – e à voluntariedade³⁰⁶, constituem requisitos essenciais para a lisura das tratativas a favor do acordo de não persecução penal e para a sua própria validade, sobretudo pela relativização dos importantes direitos constitucionais em regra – direito a não-autoincriminação, direito ao devido processo legal, direito de recorrer³⁰⁷ – e pela necessidade de participação efetiva de ambas as partes no acordo³⁰⁸.

³⁰³ MENDES, Soraia da Rosa. Martínez, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. cit., p. 47.

³⁰⁴ Há que levar em consideração, ainda, que nem sempre o acompanhamento por defensor técnico garante a voluntariedade e a legalidade do acordo na justiça criminal negocial. Isso porque a própria relação entre o acusado e seu advogado fica comprometida na justiça criminal negocial pela eventual má-fé do defensor que incentive a realização do acordo, seja por interesses pessoais (redução da carga de trabalho e recebimento mais célere de honorários), seja pelos riscos inerentes ao processo penal, ainda que o acordo não seja uma estratégia acertada para o caso em concreto. Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 184-187.

³⁰⁵ “A presença do advogado não substancia pressuposto, requisito ou condição do acordo. Trata-se de presença tão fundamental quanto a do próprio investigado, pois não há voluntariedade na manifestação do investigado que não seja deduzida devidamente assistido por seu defensor técnico. Tal consideração deriva da mesma inafastabilidade do defensor técnico que informa o processo-crime em juízo e, por conseguinte, não se cuida de elemento do acordo, mas de pressuposto de validade da própria persecução penal como um todo (e não do acordo especificamente considerado.” (SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 105).

³⁰⁶ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 266.

³⁰⁷ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 184.

³⁰⁸ Nesse sentido é a lição de Rosimeire Ventura Leite: “O fenômeno de que nos ocupamos compreende modelo de processo penal que atribui maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos – órgão acusador, imputado e, eventualmente, vítima – de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento.” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 23).

Para além disso, grande parte dos casos criminais em aberto contemplam pessoas presas provisoriamente³⁰⁹ por delitos contra o patrimônio, sem violência³¹⁰, sendo inegável que a privação de liberdade, naturalmente, os torna mais vulneráveis a pressões de toda ordem, inserindo-se nesse contexto as novas situações geradas pela inserção do ANPP. Segundo Alexandre Morais da Rosa, esse é o “jogo” da justiça negociada:

Bem sabemos que diante de algumas evidências, muitas delas alucinatórias, como bem sustenta Rui Cunha Martins, mas sem condições de comprovar a inocência, aceitar uma pena menor do que correr o risco de uma sanção maior, caso arrisque-se no processo penal. Isso porque a proposta da acusação se dá na lógica de “pegar ou largar”. Se aceita a culpa, pega uma pena menor; se não aceita a culpa e foi para o processo não há perdão. É uma modalidade de “ultimato”, tão conhecida por negociadores, jogadores e trazidas para o direito processual penal. Por isso, pouco importa a inocência, mas a possibilidade de as autoridades constituídas e responsáveis pela investigação darem credibilidade ao argumento defensivo.³¹¹

Embora o acordo de não persecução penal seja uma resposta tímida diante da grandeza da questão prisional no Brasil, há que se reconhecer que ele consubstancia uma aposta no sentido mais efetivo de resposta do Estado, através de mecanismo alternativo ao processo penal tradicional³¹². No ponto, são pertinentes os questionamentos doutrinários sobre o cabimento da proposta de ANPP e respectiva homologação nas *audiências de custódia*, a revelar a necessidade de uniformização das orientações internas ao Ministério Público a respeito do tema, para evitar atuações díspares e permitir o controle da atuação. Parte da doutrina defende a possibilidade de que o ANPP seja celebrado durante a audiência de custódia³¹³, como forma de trazer mais celeridade aos desfechos dos procedimentos penais. Esse é o posicionamento adotado pelo próprio MPF, na Orientação Conjunta nº. 3/2018, já mencionada neste estudo:

5.3 Poderá ser utilizada a audiência de custódia para oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal, uma vez que esse ato sempre deverá contar com a participação de advogado, constituído ou nomeado pelo juízo. Nesse caso, o membro do MPF tomará as cautelas de praxe, especialmente quanto aos antecedentes, e poderá

³⁰⁹ De acordo com o Portal BNMP (Banco Nacional de Monitoramento de Prisões), do CNJ, o índice de presos provisórios no Brasil é de 45% das pessoas privadas de liberdade – consulta realizada em 20.04.2021. Disponível em <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>.

³¹⁰ MENDES, Soraia da Rosa. Martínez, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. cit., p. 65.

³¹¹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.*, cit., p. 320-321.

³¹² SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 112.

³¹³ Assim: SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 153; ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. São Paulo: JH Mizuno, 2020, p. 188.

requerer seja oficiado à Polícia Federal sobre o acordo e a necessidade da remessa dos autos do inquérito policial ao MPF.³¹⁴

Por outro lado, a postura adotada pelo CNJ³¹⁵, e com a qual se concorda, é de que a audiência de custódia não é o momento ideal para as tratativas e homologação do ANPP³¹⁶, em razão dos pressupostos desse momento processual, informado pela imediatidade e urgência, tornando inviável a prática de ato complexo e bilateral constitutivo do ANPP, sem prejuízo de que o órgão acusador sinalize a possibilidade da avença ao acusado e seu defensor, para que em outro momento sejam entabuladas as negociações, com prazo suficiente para que o imputado tenha contato com seu advogado³¹⁷. Esse também é o entendimento de Francisco Dirceu de Barros e Jefson Romaniuc:

A rapidez com que a audiência de custódia é praticada pode desaconselhar a celebração do acordo, uma vez que, para sua feitura é preciso que haja convicção da autoria e materialidade do fato delitivo pelo Promotor de Justiça. Entretanto, o fato de a mencionada audiência não ensejar o acordo não significa que ele fique inviabilizado. É perfeitamente possível sua celebração em momento posterior à audiência de custódia, mas anterior ao oferecimento de denúncia. Ademais, visualizando a possibilidade do acordo, nada impede que o Promotor de Justiça, no uso de sua independência funcional, pugne pela liberdade provisória do acusado para posterior estudo de viabilidade e celebração do acordo.³¹⁸

Somados aos fundamentos apresentados pelo CNJ, rejeita-se a posição até então defendida pelo MPF também com base no fato de que, na audiência de custódia, o acusado se encontra submetido a fortes emoções e, assim, mais vulnerável a ceder a propostas de acordos nem sempre equânimes, reduzindo-se consubstancialmente as possibilidades de negociação dos termos do acordo diante do visível desequilíbrio de condições, o que abre margem para violações. Urge que o Ministério Público reformule o posicionamento pela recomendação para

³¹⁴ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 07.01.2021.

³¹⁵ “Assim, factível que, no prazo sem demora de 24 horas, não caberia à autoridade judicial, além de voltar-se com urgência para o controle de legalidade de ato de constrição da liberdade, cindir-se, com a mesma celeridade e urgência da audiência de custódia, à analisar a legalidade e a integridade de seguidos atos extrajudiciais necessários à formalização do Acordo de Persecução Penal. Nesse passo, compreende-se não ser a Audiência de Custódia o momento adequado e idôneo para a consecução do ato complexo e bilateral constitutivo do ANPP.” - Cf. nota de rodapé 196, expediente administrativo interno em trâmite perante o Conselho Nacional de Justiça gentilmente compartilhado pela Magistrada Lorena Alves Ocampos para enriquecimento dos estudos empreendidos na presente pesquisa.

³¹⁶ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 298.

³¹⁷ MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 370.

³¹⁸ BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 76.

que os acordos não sejam realizados nesse momento tão particular, orientando uniformemente a atuação dos membros da instituição e evitando-se, assim, possíveis irregularidades.

Cogitando-se da pior perspectiva possível, a proposta de ANPP em uma audiência de custódia pode compelir o acusado a aceitar o acordo, ainda que o caso não se adeque as hipóteses legais – pela possibilidade de existência de elementos indicativos de negativa de autoria e de inexistência de materialidade delitiva, por exemplo. Isto é, temeroso por um resultado mais grave caso não aceite a proposta, o acusado cede ao acordo para evitar uma persecução penal que poderia ser julgada improcedente, e falsamente confessa o delito.

No limite das possibilidades em um cenário como esse, o acusado mal assistido e temendo por uma sentença condenatória, falsamente poderá confessar a prática delitiva³¹⁹ – requisito questionável³²⁰ para a celebração do ANPP – e, num futuro não muito distante, se vê impossibilitado de cumprir com os valores arbitrados como parte do acordo. Exsurge, assim, questionamentos sobre a possibilidade de *utilização da confissão* em caso de eventual rescisão, ainda mais grave caso se trate de uma falsa confissão, como na hipótese ora cogitada.

De início, entende-se que a confissão enquanto requisito para o ANPP, por si só, revela a necessidade de análise crítica da questão, reforçada quando se soma à possibilidade de existência de falsas confissões, e à indefinição na lei e nos normativos internos sobre a possibilidade de sua utilização em caso de rescisão do pacto como supedâneo probatório para o oferecimento de denúncia, bem assim quanto ao possível compartilhamento para outras esferas de apuração. A ausência de definição clara e uniforme sobre essas questões favorece a multiplicidade de entendimentos individuais díspares dos membros do Ministério Público, a ensejar possíveis tratamentos desiguais e irregularidades subsequentes. Eis a razão pela qual se defende que normativos internos do órgão acusatório devem também contemplar a temática, de modo a uniformizar o entendimento e permitir o controle da atuação de seus membros.

³¹⁹ MENDES, Soraia da Rosa. Martínez, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. cit., p. 67.

³²⁰ Idem. Dentre outros: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257; STEIN, Ana Carolina Filippon. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 46. Em sentido contrário: “Não há inconstitucionalidade em tais exigências. O investigado só faz acordo se quiser. Logo, não está obrigado a confessar. Pode optar por não negociar acordo algum e enfrentar a ação penal, sem necessidade de renunciar ao seu direito ao silêncio.” (ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 197); e QUEIROZ, Paulo. Acordo de não persecução penal: lei nº 13.964/2019. Brasília, 15 de janeiro de 2020. Disponível em <<https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>>, acesso em 20.03.2021.

Sem pretender exaurir o tema, impõe-se a realização de breves considerações a seguir, para fundar o arcabouço teórico cuja inserção nos normativos internos ao órgão ministerial se entende pertinente sobre o ponto em particular. Antes mesmo de analisar-se a questão sob a ótica constitucional, há que se reconhecer os impactos que a confissão enquanto requisito para o ANPP é capaz de ensejar na vida de qualquer pessoa.

Ainda que não haja uma condenação penal e suas respectivas consequências, nos termos do art. 28-A, §3º, do CPP³²¹, a formalização da avença ocorrerá mediante documento por escrito em que restará documentado que o imputado confessou a prática delitiva. Nesse sentido, em artigo sobre o requisito da confissão para este mecanismo negocial em específico, Vinícius Vasconcellos e Dimas Reis alertam para a possibilidade de “banalização da assunção de culpa”, em um cenário em que já inexistente a produção probatória na fase processual³²².

Sob o ponto de vista dos princípios que informam a base do processo penal, embora não se repute o requisito como inconstitucional³²³, há clara tensão da confissão com o princípio da presunção de inocência³²⁴, o que demanda ressaltar os riscos e limitar as possibilidades de violações – em uma análise de redução de danos³²⁵. Corolário do Estado Democrático de Direito, a presunção de inocência é cláusula pétrea (art. 5º, LVII, Constituição Federal), entendida como regra de tratamento, probatória e de julgamento³²⁶, e que constitui proteção mínima do indivíduo diante do aparato persecutório estatal.

³²¹ “§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.”

³²² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 295.

³²³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 216; ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 197; MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal – teoria e prática*. cit., p. 18; dentre outros. Em sentido contrário, defendendo a inconstitucionalidade do requisito da confissão: MENDES, Soraia da Rosa. Martínez, Ana Maria. Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019. cit., p. 66; LOPES JR., Aury. Direito processual penal. cit., p. 257; STEIN, Ana Carolina Filippon. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 46. Em nota técnica do IBCCRIM sobre o Pacote Anticrime, também foi debatida a problemática da exigência de confissão: “Nesse passo, a exigência de confissão contida na proposta em nada contribui para sua eficiência, além de vulnerar-lhe quanto à constitucionalidade. Na prática, ao exigir a confissão, o projeto faz com que o acusado abra mão do devido processo legal em caso de descumprimento ou revogação dos termos do acordo, dado o peso probatório que os juízes atribuem à confissão.” Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf>, acesso em 05.04.2021.

³²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 298.

³²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 54.

³²⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 424-481.

De modo sintético, enquanto regra de tratamento, entende-se vedado o tratamento discriminatório a qualquer cidadão inserido no contexto da persecução penal, seja na fase pré-processual ou propriamente no curso do processo. Enquanto regra probatória, entende-se que o acusado deve ter sua inocência presumida enquanto não comprovada legalmente a sua culpa, com espeque no ônus probatório da acusação. Por fim, enquanto regra de julgamento, a presunção de inocência revela-se uma garantia do cidadão de que, caso o acervo probatório produzido ao longo do processo encerre dúvida, o caminho da decisão judicial deve ser o da absolvição do acusado³²⁷.

Vinicius Vasconcellos e Dimas Reis apontam os embates entre o requisito da confissão para o acordo de não persecução penal e a presunção de inocência, afirmando que o imputado será tratado como culpado, ainda que sem a formação definitiva da culpa, o que desborda da lógica tradicional do processo penal, para além de desobrigar o Ministério Público de seu ônus probatório, bastando os elementos coligidos em investigação preliminar – cuja problemática já foi objeto de apontamento neste trabalho. Os autores entendem também que a confissão rompe com a presunção de inocência sob o aspecto da regra de juízo, pois a manifestação do órgão jurisdicional é limitada ao momento de homologação do acordo, em reduzida possibilidade de controle fático e probatório, rebaixando-se o *standard* probatório para a imposição de sanção criminal pelo Estado³²⁸.

Nada obstante as demonstradas tensões em relação ao princípio da presunção de inocência, entende-se que a confissão formal e circunstanciada enquanto requisito para o ANPP não é inconstitucional³²⁹, também por não constituir em si mesma uma finalidade probatória³³⁰, mas apenas configura um requisito ao consenso, que viabiliza o controle judicial sobre o mecanismo negocial³³¹. No ponto, Rodrigo Cabral aponta que a previsão legal não viola o direito a não autoincriminação, por não constituir uma obrigação legal, mas sim insere-se na esfera de disposição do agente sobre limitações a direitos fundamentais³³² em troca de tratamento benéfico em mecanismo alternativo ao processo penal tradicional:

³²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 295-296.

³²⁸ Idem, p. 298.

³²⁹ Cf. nota de rodapé 323.

³³⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 301.

³³¹ “A verossimilhança da confissão e sua compatibilidade com a prova dos autos devem ser verificadas pelo promotor natural e, posteriormente, pelo juiz.” (ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 198).

³³² Em estudo sobre o modelo consensual da Lei nº. 9.099/95, Rosimeire Leite: “Com efeito, trata-se de verificar se é tolerável reconhecer ao imputado o poder de concordar com limitações a direitos e garantias, em troca de

Ademais, a existência de previsão legal da proposta (e não da ameaça) reforça a legitimidade do requisito da confissão, mesmo que o investigado se sinta pessoalmente pressionado, em virtude do receio de ser punido de forma mais dura no processo penal. Diante disso, é possível concluir que o estabelecimento, pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, da confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal não parece violar o direito de ficar calado, mesmo porque a decisão de confessar decorre de uma opção legítima e importante para a defesa do investigado, além de ser necessariamente orientada por defensor.³³³

Com efeito, embora exista o risco de confissões falsas em casos arbitrários, mediante pressões indevidas, em um cenário de regularidade, o requisito da confissão reforça um mecanismo de cautela para que o acordo não seja utilizado em possíveis desvios institucionais³³⁴, isto é, em casos em que existam dúvidas sobre a viabilidade da persecução penal em juízo – quando se deve empreender outras diligências investigativas ou arquivar o caso. O acordo não é e não pode ser “a via mais cômoda” para a solução do caso, um “atalho investigativo”, aspecto que também deve ser reforçado nos normativos internos para permitir o controle de atuação dos membros do órgão acusatório, conforme já abordado neste estudo. Ressalta-se que a operacionalização do acordo de não persecução penal demanda providências imediatas mais trabalhosas que a própria formalização da acusação em juízo, embora mais eficiente numa percepção mais ampla do sistema de justiça criminal³³⁵.

Entende-se assim que, desprovida de intuito probatório, a confissão nada mais é que um requisito para a formalização do acordo³³⁶, um ônus imposto ao investigado que pretenda abrir mão do devido processo legal em prol de não responder à demanda criminal em juízo e correr os riscos de suas consequências mais gravosas, apto a reforçar a justa causa já existente quando

tratamento sancionatório mais favorável, ou se é preferível oferecer-lhe, tão somente, o caminho do processo. Importa analisar se a pessoa acusada, assistida pela defesa técnica, tem capacidade de fazer escolhas por si só e de exercer, legitimamente, a autonomia da vontade em seu benefício.” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 211).

³³³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 216. No mesmo sentido é a posição de Vladimir Aras: ARAS, Vladimir. *O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019*. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 197.

³³⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 113.

³³⁵ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 106.

³³⁶ “[...] a confissão efetuada pelo investigado atende meramente à exigência formal para concretização do acordo de não persecução penal, até mesmo por ocorrer em sede de investigação preliminar, vedando-se sua utilização em eventual processo criminal, em caso de descumprimento das condições, bem como na hipótese de instauração de processos cíveis ou administrativos.” (SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. *Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal*. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. vol. 5, dez-maio, 2020, p. 222-223). Assim também: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 258-259.

do oferecimento da via negocial penal³³⁷. Nada obstante, inegável o embate direto com o princípio da presunção de inocência³³⁸ e, por conseguinte, ressaí a necessidade de se definir limites para a utilização da confissão e mecanismos de controle da atuação ministerial, a fim de evitar aporias e violações de direitos.

A partir dessas premissas teóricas e reconhecendo-se que o mecanismo constitucionalmente contempla a confissão como requisito, passa-se a problematizar a possibilidade de utilização em caso de descumprimento do pacto e, conseqüentemente, a sua rescisão, para além da possibilidade de compartilhamento da confissão para outras esferas, sempre em análise atinente às bases constitucionais do processo penal. Reafirma-se, assim, o entendimento pela necessidade de que essas questões sejam uniformizadas nos normativos internos do órgão acusatório.

Na hipótese em que as condições estabelecidas no ANPP não sejam cumpridas, e seja caso para a rescisão do pacto e conseqüente oferecimento de denúncia, entende-se que a confissão já constante do acordo não pode ser utilizada pelo órgão acusatório como elemento probatório³³⁹, e deve ser desentranhada dos autos³⁴⁰. Em prestígio à presunção de inocência, ao Ministério Público incumbe demonstrar a viabilidade da acusação com arrimo nos demais elementos constantes dos autos e que ensejaram a própria utilização do mecanismo³⁴¹, que então já demonstrariam a justa causa³⁴² para o oferecimento de denúncia³⁴³.

A questão ganha especial relevância diante do posicionamento em sentido contrário exarado pelo Ministério Público de São Paulo e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro

³³⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal* – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). cit., p. 113. Assim também, Renee do Ó Souza: “[...] a exigência da confissão não serve para a formação da *opinio delicti*, pressuposto anterior à etapa de propositura do acordo de não persecução penal. o principal propósito da confissão é permitir um confronto entre a versão contida nos autos e a prestada pelo investigado de modo a verificar sua coerência lógica, compatibilidade e concordância com as demais provas contidas no procedimento.” (SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. 1. ed., 1 reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 129).

³³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 298.

³³⁹ Assim também: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257; MENDES, Tiago B.; LUCCHESI, Guilherme B. *Lei Anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 71; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 299.

³⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257.

³⁴¹ STEIN, Ana Carolina Filippou. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 46; SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. cit., p. 129.

³⁴² Nos termos do conceito de Gabriel Divan para justa causa, “instrumento que impõe uma verificação no que diz para com a qualidade da causa, enquanto ‘justa’, enquanto pertinente.” (DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. cit., p. 430-431).

³⁴³ MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal* – teoria e prática. cit, p. 21.

de Apoio Criminal do Ministério Público, que já expediram a orientação de que a confissão poderá servir de suporte *informativo* para o oferecimento da peça acusatória:

- Ministério Público de São Paulo
ENUNCIADOS PGJ-CGMP – LEI 13.964/19
24. Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como um dos elementos para oferta da denúncia.³⁴⁷

- Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Ministério Público
ENUNCIADO 27 (ART. 28-A, § 10). Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).³⁴⁸

O posicionamento acima encontra arrimo em parte da doutrina, como Rodrigo Cabral, que defende a utilização da confissão pelo Ministério Público em caso de descumprimento das condições e rescisão do acordo, de modo a conferir um elemento para corroborar as provas produzidas em contraditório, fonte de informação para busca de outros elementos de prova e para contrapor eventuais depoimentos dissonantes³⁴⁹. Ressai, assim, a necessidade de que também se envide esforços para a uniformização das orientações internas do Ministério Público quanto a impossibilidade de utilização da confissão como elemento probatório em caso de descumprimento das condições pactuadas e rescisão do acordo de não persecução penal, a exemplo do que já se defende no acordo de colaboração premiada³⁵², a fim de conferir meios de controle da atuação dos membros do Ministério Público no aspecto.

Ausente a figura do juiz de garantias, competente para a homologação do acordo de não persecução penal (art. 3º-B, inciso XVII, CPP)³⁵³, subsiste também a preocupação de que a confissão possa contaminar a imparcialidade do julgador competente para a análise do caso. Isso porque enquanto não estiver em vigência a competência do juízo das garantias, verifica-se invalidado o propósito advindo da Lei nº. 13.964/2019 de que eventual juízo de mérito não seja

³⁴⁷ Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf), acesso em 03.04.2021.

³⁴⁸ Disponível em https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf, acesso em 03.04.2021.

³⁴⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal* – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). cit., p. 113. Na mesma linha, Vladimir Aras: “Sua confissão, aferida pelo Ministério Público e ratificada em juízo, pode ser apontada na discussão da ação penal, ainda que possa ser objeto de retratação, nos termos do art. 200 do CPP.” (ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 226).

³⁵² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 335.

³⁵³ Enquanto estiver vigente a medida cautelar nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, deferida pelo Ministro Luiz Fux, do STF, em 22.01.2020, as competências do juiz de garantias serão exercidas pelo juiz criminal competente para a investigação e o julgamento.

contaminado pela confissão lavrada no ANPP³⁵⁴, com o encaminhamento do próprio termo do acordo ao juiz da causa.

Enquanto estiver vigente a decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, para além da exclusão do termo dos autos do processo, seria preciso, então, que outro magistrado atuasse no feito, em caso de rescisão do ANPP, prestigiando-se a imparcialidade do julgador, com arrimo no artigo 157, §5º, do CPP³⁵⁵, também suspenso pela mesma decisão liminar.

Nessa perspectiva, ainda que o órgão acusatório não se utilize da confissão como carga probatória³⁵⁶, e seja determinada a exclusão dos documentos referentes ao acordo rescindido³⁵⁷ – medida básica para minimamente se prestigiar a imparcialidade – subsiste o receio de sua utilização como elemento inerente à esfera de conhecimento dos atores envolvidos no sistema de justiça criminal³⁵⁸. Aury Lopes Jr. defende o desentranhamento da confissão dos autos e, ainda assim, adverte o para “o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida em que uma vez conhecida a confissão, será muito difícil que o juiz efetivamente a desconsidere (não existe “delete” mental) e venha a absolver o imputado, mesmo que o contexto probatório seja fraco.”³⁵⁹.

Nos termos demonstrados, então, há que se limitar o valor e alcance dessa confissão lavrada para a concretização do ANPP, de modo a coibir a possibilidade de sua utilização em prejuízo ao imputado em caso de rescisão do pacto, em prestígio ao princípio da não autoincriminação e da presunção de inocência³⁶⁰. Não deve ser utilizada como supedâneo probatório para a acusação, tampouco como prova para eventual condenação. Ainda, reitere-se

³⁵⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 300.

³⁵⁵ Essa é a conclusão de Aury Lopes Jr. para a hipótese em que o acordo seja formalizado no curso do processo (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257).

³⁵⁶ Nesse sentido: “Impende ressaltar que o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador”. (MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoes-curso>>, acesso em 15.03.2021).

³⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257.

³⁵⁸ Sobre os mecanismos consensuais da Lei nº. 9.099/95, Aury Lopes Jr.: “não há como controlar a imagem negativa que se formará no (in)consciente do julgador, pela frustração do acordo pela recusa do réu. Dependendo do caso, o argumentado e admitido na fase negocial, acabará fulminando – *initio litis* – no (in)consciente do juiz, a própria presunção de inocência, principal sustentáculo do garantismo processual.” (LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência garantista*. In WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. cit., p. 123-124.

³⁵⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257.

³⁶⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 300; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257.

que a confissão não tem escopo probatório no ANPP, é apenas um requisito, um pressuposto para a avença³⁶¹.

Enfatiza-se também que o mecanismo consensual do ANPP não é meio de obtenção de prova, mas tem por intenção maior a busca pela celeridade processual e a respectiva minoração do colapso do sistema de justiça criminal³⁶². Por fim, cumpre registrar também que se trata de confissão exarada em sede de investigação preliminar, e não em interrogatório – e, portanto, a ela não se pode conferir o mesmo valor probatório –, sem qualquer impedimento que o imputado se retrate em momento posterior em eventual processo penal³⁶³, nos termos do art. 200, CPP³⁶⁴.

Diante dessas considerações, a justificativa defendida por parte da doutrina³⁶⁵ para a utilização da confissão como elemento informativo de eventual denúncia em caso de descumprimento do acordo, no sentido de que a confissão é a única vantagem processual para o Ministério Público no âmbito do ANPP não se mantém hígida. A própria possibilidade de oferecimento da denúncia após a rescisão do acordo, de imediato – eis que já informada pela justa causa existente no momento das tratativas para o acordo³⁶⁶, sendo este seu principal pressuposto –, constitui enorme vantagem processual.

O prejuízo imposto ao imputado que sofrerá as agruras de um processo penal e os efeitos de eventual sentença condenatória encerram consequências infinitamente maiores, não havendo que se falar que a confissão oferece uma contrapartida ao Estado por deixar de exercer a ação penal, como defende Rodrigo Cabral³⁶⁷. O não exercício da persecução penal é política criminal de opção estatal, não sendo razoável impor qualquer prejuízo ao acusado mediante a utilização de sua confissão – requisito para o acordo e a ele limitada –, em decorrência da utilização legítima do mecanismo consensual do ANPP, ainda quando o imputado dê causa à sua rescisão.

³⁶¹ SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. cit., p. 222-223; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 258-259.

³⁶² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 300-301.

³⁶³ “Ainda que se ressalve “sem prejuízo do livre convencimento do juiz”, resta claro que uma confissão retratada, sob pena de não ser “retratável”, não pode ser considerada na fundamentação da condenação” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 302). Assim também MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal – teoria e prática*. cit., p. 25.

³⁶⁴ “Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.”

³⁶⁵ “[...] uma das finalidades da confissão é precisamente essa, oferecer uma contrapartida ao Estado por ele ter aberto mão do exercício da ação penal.” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 114).

³⁶⁶ SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. cit., p. 129.

³⁶⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 114.

Mais grave ainda cogitar-se da utilização de provas autoincriminatórias em prejuízo do jurisdicionado para obter a sua condenação em juízo, em atuação que atinge frontalmente direito fundamental tão caro como o é a presunção de inocência, qualitativo indissociável do Estado Democrático de Direito³⁶⁸.

Reafirma-se, então, que apenas deve-se cogitar da propositura de ANPP nos casos de investigação em curso em que o Ministério Público esteja convencido de sua *opinio delicti*³⁶⁹, de modo que a confissão irá somar a esses elementos já angariados na investigação, sendo certo que o acordo representa *alternativa ao processo*, e não alternativa ao arquivamento ou à necessidade de outras diligências investigativas. Isso porque o acusado enquanto destinatário da persecução criminal, com garantias processuais como a não-autoincriminação, não carrega em si o dever de agir em plena cooperação processual, antes pelo contrário: está desobrigado a contribuir na produção probatória ou em quaisquer esclarecimentos que possam prejudicar a sua defesa³⁷⁰.

Por outro lado, no âmbito dos acordos penais, como o é o ANPP, o acusado, se assim o desejar, poderá optar por fazer uso da faculdade processual em colaborar ativamente com a parte contrária, seja pela confissão, ou pelo fornecimento de informações e quaisquer outros atos que contribuam para o esclarecimento das acusações. Ao abrir mão de direitos tão caros como o direito à não autoincriminação no ANPP, e frustrado o cumprimento do acordo, o ônus que recai sobre o acusado que enfrentará a pretensão punitiva subsequente tende a ser maior diante da vantagem probatória de que poderia gozar o Ministério Público, e sobretudo se a sentença for prolatada pelo mesmo magistrado atuante no acordo rompido – vez que a informação permanecerá, no mínimo, na esfera de conhecimento do julgador³⁷¹.

³⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 296.

³⁶⁹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 98. Assim também SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. cit., p. 129.

³⁷⁰ SILVA, Franklin Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência. In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 67-81, vol. 13, p. 73-74.

³⁷¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257.

Afinal, o acordo de não persecução penal não redundará em assunção de culpa³⁷², diante da própria inexistência do exercício da ação penal³⁷³. No mesmo sentido, Gustavo Badaró acrescenta que o ANPP elimina integralmente o processo e qualquer pretensão cognitiva³⁷⁴. Nessa linha, em estudo sobre a transação penal, Nereu José Giacomolli também assentou que o acordo não importa em declaração de culpabilidade, garantia apenas vulnerada após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, após juízo com todas as garantias processuais:

O autor do fato, ao negociar e aceitar a pena alternativa, não está fazendo uma declaração de culpabilidade, como ocorre no sistema anglo-saxão – *plea guilty*. No sistema brasileiro, a garantia da não-culpabilidade só resta vulnerada após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória; após um juízo com todas as garantias processuais. Por isto, o legislador não atribuiu à sentença que homologa o acordo os efeitos de uma condenação. Para haver pena criminal com todos os seus efeitos, é imprescindível a existência de um juízo de culpabilidade, feito por um magistrado, e não pelas partes. e, este juízo de culpabilidade não pode ser proferido sem a produção contraditória da prova.³⁷⁵

Com a inserção do juiz de garantias e suas regulamentações no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019 nos artigos 3º-B ao artigo 3º-F, a questão dos limites de utilização da confissão no ANPP seria consideravelmente minorada, levando-se em conta que o inquérito policial não acompanharia o processo-crime, de modo que a confissão naturalmente seria excluída da fase de produção de provas, e impossibilitada de utilização para a sentença – conforme artigo 3º-C, §3º, do CPP. A medida afastaria, assim, também a possibilidade de se empregar a confissão para fins de eventual julgamento de mérito.

Nada obstante, de acordo com a decisão liminar do Ministro Luiz Fux, nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, a regra da exclusão da investigação preliminar está suspensa, até o momento. Embora não se desconheça a norma do artigo 155, do CPP, que introduz limitação ao livre convencimento motivado ao vedar que o juiz fundamente a decisão exclusivamente em elementos informativos, se torna difícil visualizar uma solução processual efetiva para a problemática, vez que ainda que a confissão do acusado não seja utilizada formalmente no processo penal decorrente do rompimento de um acordo, a informação já estará enraizada na

³⁷² Na mesma linha é a lição de Rogério Sanches: “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.” (CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019*: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 129). Assim também MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal – teoria e prática*. cit., p. 21; SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. cit., p. 130.

³⁷³ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 165-166.

³⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 186.

³⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. cit., p. 331.

pessoa do membro do órgão acusador, e também do julgador³⁷⁶. Ainda, considerando-se que o juiz de garantias não está em vigência até o momento, e diante da possibilidade da formalização do acordo no curso do processo, entende-se pela redistribuição do feito³⁷⁷, nos termos do artigo 157, §5º do CPP³⁷⁸, também inserido pela Lei 13.964/2019, e suspenso pela decisão liminar.

A ausência de norma legal expressa, somada à suspensão do juiz das garantias e à existência de orientações internas do Ministério Público que autorizam a utilização da confissão em caso de rescisão do acordo é preocupante, e ressalta a necessidade de que normativos internos e vinculantes sejam expedidos definindo a impossibilidade dessa utilização, com a respectiva determinação de sua exclusão dos autos, sobretudo enquanto vigorar a suspensão do juiz das garantias, a fim de afinar o discurso de observância às garantias constitucionais, e evitar que normas discrepantes sejam editadas pelos órgãos estaduais individualizados. Presente a norma interna com a orientação expressa, viabiliza-se o controle interno da atuação ministerial sobre o tema em cada caso concreto, evitando-se violações de direitos do imputado.

A jurisprudência certamente enfrentará em futuro próximo questões dessa natureza, o que também poderá dar ensejo à definição da questão pelos Tribunais Superiores – o qual se espera seja pela impossibilidade de utilização da confissão como elemento probatório em caso de rescisão do ANPP e deflagração da ação penal respectiva. O debate já está em voga através da ADI 6304, proposta pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, que impugna, dentre outros questionamentos, também a constitucionalidade da exigência legal pela confissão como condição para o acordo de não persecução penal³⁸⁰.

A problemática acerca da confissão também esbarra na possibilidade de compartilhamento da confissão como prova em outros procedimentos criminais, e também em outras demandas do âmbito cível ou administrativo³⁸⁷, o que ainda não está definido em normativos internos específicos sobre o ANPP, dificultando-se a possibilidade de controle

³⁷⁶ STEIN, Ana Carolina Filippon. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 46.

³⁷⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257.

³⁷⁸ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. [...] § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

³⁸⁰ Até 27.05.2021, a ADI 6304 encontra-se pendente de apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

³⁸⁷ Soraia Mendes e Augusto Souza defendem que “deverá haver uma maior integração dos órgãos de controle que permita o regular funcionamento das distintas instâncias de sancionamento (responsabilidade por improbidade administrativa, responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção e responsabilidade penal), de forma a imprimir um tratamento multissetorial, complementar, abrangente e efetivo aos acusados de corrupção e infrações macroeconômicas, sem incorrer em abusos ou violações de direitos individuais.” (MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. cit., p. 1203-1204.

interno da atuação ministerial. A título de exemplo, cogite-se de um servidor público que tenha realizado acordo de não persecução penal. A confissão poderia ser empregada nas searas cível – pensando em um possível processo administrativo disciplinar – ou administrativa – em caso propositura de eventual ação civil pública?

Levando-se em consideração que a confissão é meramente um requisito formal para a concretização do acordo³⁸⁸, entende-se pela *impossibilidade* de seu emprego em outras esferas³⁸⁹, o que também deve ser objeto de normativos internos que uniformizem as orientações aos representantes do Ministério Público. Há que se reiterar que o investigado assim se manifestou em uma investigação preliminar, não havendo que se falar em juízo de culpa, assegurada ainda a possibilidade de retratação (art. 200, CPP).

Em comparação com institutos similares da justiça criminal negociada, como a colaboração premiada, apenas se admite a possibilidade de compartilhamento dos elementos de prova autoincriminatórios produzidos pelo colaborador se houver previsão expressa nos termos do acordo de colaboração, admitindo-se o compartilhamento de provas com autoridades que não aderiram ao acordo apenas na hipótese em que as investigações forem destinadas contra terceiros delatados³⁹⁰. Assim dispõe a Orientação Conjunta 1/2018 do MPF:

39. As provas decorrentes do acordo de colaboração premiada poderão ser compartilhadas com outros órgãos e autoridades públicas nacionais, para fins cíveis, fiscais e administrativos, e com autoridades públicas estrangeiras, inclusive para fins criminais, com a ressalva de que tais provas não poderão ser utilizadas contra os próprios colaboradores para produzir punições além daquelas pactuadas no acordo. Esta ressalva deve ser expressamente comunicada ao destinatário da prova, com a informação de que se trata de uma limitação intrínseca e subjetiva de validade do uso da prova, nos termos da Nota Técnica nº 01/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão.³⁹¹

A temática já foi objeto de apreciação em casos julgados pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal³⁹², no âmbito do acordo de colaboração premiada, exatamente nesse sentido. Sobre isso, Vinícius Vasconcellos e Dimas Reis:

[...] o Estado não pode utilizar as provas produzidas por colaboradores contra eles próprios em outros processos, salvo se houver aderência e respeito aos limites e benefícios previstos no acordo. Isso porque tais provas, incluindo a confissão, são

³⁸⁸ SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. vol. 5, dez-maio, 2020, p. 222.

³⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 303; SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. cit., p. 222-223; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257-259.

³⁹⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 311.

³⁹¹ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>, acesso em 08.04.2021.

³⁹² STF, Inq 4420-AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 28.08.2018, DJe 13.09.2018; STF, PET 7065-AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, J. 30.10.2018.

produzidas pelo imputado com renúncia ao direito à não autoincriminação, tendo em vista os benefícios e termos pactuados no acordo, de modo que a sua utilização sem a contraprestação, por qualquer motivo, ainda que por descumprimento, é atuação abusiva ao violar o direito à não autoincriminação.³⁹³

A partir dessas premissas, então, para o caso específico do acordo de não persecução penal, compreende-se também pela impossibilidade de compartilhamento da confissão do agente para uso em outros procedimentos criminais, e também para outros órgãos e autoridades públicas que tenham por objetivo apurar sua responsabilidade civil e administrativa pelos mesmos fatos, salvo previsão expressa no acordo³⁹⁴. A impossibilidade de emprego da confissão em outros âmbitos decorre da necessidade de se resguardar os limites pactuados do acordo de não persecução penal, para além da insuficiência de informação do investigado sobre os fins para os quais sua confissão será utilizada³⁹⁶. Também sobre essa limitação da utilização da confissão, entende-se necessário que seja inserida orientação expressa nos normativos internos do Ministério Público, a fim de uniformizar a postura a ser adotada por seus membros e evitar dissonâncias e violações de direitos dos imputados, permitindo-se o controle da atuação ministerial.

Outro ponto sensível é que a jurisprudência ainda está vacilante³⁹⁷ diz respeito à *questão intertemporal* para a aplicabilidade do instituto, o que também pode implicar em dissonâncias na prática ministerial no âmbito do ANPP, a ensejar a necessidade de uniformização do entendimento, de modo a permitir eventual controle interno da atuação do membro em casos concretos. Sobre o tema, o MPF já apresentou seu posicionamento no Enunciado nº. 98/2020³⁹⁸, segundo o qual se entende “cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado”, incluindo-se processos penais que já estivessem em curso antes da vigência da Lei nº. 13.964/2019. Para os casos em que já exista sentença ou acórdão condenatório, segundo o MPF, incumbiria ao membro oficiante a análise da decisão para verificar a pertinência e adequação da propositura do acordo.

³⁹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 302-303.

³⁹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257-259; SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. cit., p. 222-223; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. cit., p. 300-301.

³⁹⁶ SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. cit., p. 222-223.

³⁹⁷ No STJ o assunto foi afetado à Terceira Seção, conforme decisão do Min. Rogério Schietti no HC 596.340/TO, em 24.11.2020. No STF, o tema foi afetado ao Plenário, conforme decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes no HC 185.913 em 22.09.2020.

³⁹⁸ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>>, acesso em 09.01.2021.

Embora louvável a iniciativa do órgão em definir a posição institucional através do normativo interno, já houve dissenso na doutrina e jurisprudência sobre o tema, que ainda será definido pelos Tribunais Superiores. No Superior Tribunal de Justiça, no que tange à aplicação retroativa do ANPP, as duas turmas criminais se dividem: para a Sexta Turma, admite-se a retroatividade até o trânsito em julgado da condenação³⁹⁹; a Quinta Turma, por sua vez, entende que a aplicação do acordo é possível em processos em curso somente até o recebimento da denúncia⁴⁰⁰. O assunto foi afetado à Terceira Seção do STJ⁴⁰¹, e também será objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal, em *habeas corpus* afetado ao Plenário, ainda pendente de julgamento⁴⁰².

Na doutrina, também há autores que divergem sobre a possibilidade de retroatividade da norma para ações penais em curso. Para Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, a norma apenas permite sua aplicação em momento anterior ao oferecimento da denúncia:

A própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita na fase pré-processual, tanto pelo texto da lei (“Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado...”) quanto pela consequência de seu descumprimento ou não homologação (possibilidade de oferecimento de denúncia). Contudo, a lei diz que cabe ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (art. 3º-B, XVII).

Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo.⁴⁰³

³⁹⁹ Nesse sentido, ver: AgRg no HC: 575395/RN 2020/0093131-0, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, data de julgamento 08/09/2020, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 14/09/2020.

⁴⁰⁰ Nesse sentido, ver: EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020.

⁴⁰¹ Conforme decisão do Min. Rogério Schietti no HC 596.340/TO, em 24.11.2020.

⁴⁰² Conforme decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes no HC 185.913 em 22.09.2020 – “Reitera-se, portanto, que a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados. Diante do exposto, remeto o presente habeas corpus à deliberação pelo Plenário deste Tribunal.”

⁴⁰³ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 116. Nesse sentido foi o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em um caso isolado, em que se limitou a possibilidade de retroatividade do ANPP a fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia até o momento. (“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.” (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).

Vladimir Aras, por sua vez, considera admissível a celebração do acordo de não persecução penal após a deflagração da ação penal, por ser interpretação mais benéfica ao acusado, porém limitada até o momento da prolação de eventual sentença condenatória⁴⁰⁴. Nessa hipótese, o ANPP seria convertido em acordo de não prosseguimento da ação penal, em atenção ao interesse público, por observar os direitos da vítima e do acusado e as contingências da justiça criminal. Como reforço ao seu posicionamento, destaca o artigo 3º-B, inciso XVII, do CPP, segundo o qual o juiz de garantias decidirá sobre a homologação do ANPP ou do acordo de colaboração premiada “quando formalizados durante a investigação”.

No mesmo sentido é o entendimento de Rodrigo Leite Ferreira Cabral, que admite a possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal a ações penais em curso quando da entrada em vigor da Lei nº. 13.964/2019, limitado à prolação da sentença penal condenatória. O autor justifica a sua posição com base em três razões: (i) o condenado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão; (ii) o esgotamento da jurisdição ordinária, a impossibilitar o retorno dos autos ao primeiro grau e a higidez da sentença; (iii) conforme orientação anterior do Supremo Tribunal Federal em caso sobre a suspensão condicional do processo⁴⁰⁵.

Em compreensão mais ampla, entendem Leonardo de Bem e João Paulo Martinelli pela aplicação do instituto a ações penais em curso e até mesmo em casos já transitados em julgado, com contornos mais específicos para essa hipótese. Segundo os autores, por evidente, em caso de descumprimento, a sanção pertinente não será o início da persecução penal, mas sim o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta na condenação⁴⁰⁶.

A discussão é complexa, e não se pretende esgotar o assunto nesse estudo. Todavia, compreende-se a necessidade de admitir a possibilidade excepcional de aplicação do ANPP para ações penais em curso⁴⁰⁷, limitada ao trânsito em julgado da sentença condenatória⁴⁰⁸, considerando que a norma que inseriu o acordo de não persecução penal apresenta caráter

⁴⁰⁴ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 214.

⁴⁰⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 213.

⁴⁰⁶ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 129.

⁴⁰⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 256; BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 126;

⁴⁰⁸ Nesse sentido é o Enunciado nº. 98/2020, do MPF. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>>, acesso em 09.04.2021.

híbrido⁴⁰⁹ – processual-penal –, pois além de incluir a possibilidade de que o processo penal não tenha início, apresenta potencial extintivo da punibilidade, a admitir sua aplicação retroativa, por ser mais benéfica ao réu. A regra é a aplicação do ANPP na fase pré-processual, prestigiando-se a intenção da norma.

Contudo, há que se considerar que além da clara intenção enquanto política criminal do legislador em aplicar o instituto a casos novos, o posicionamento de que, por se tratar de providência mais benéfica ao réu, poderia retroagir, abriria margem para que se reivindicasse a aplicação do ANPP até em casos já transitados em julgado, pela possibilidade de ajuste de pena mais favorável, o que se mostra inviável e incompatível com a própria intenção do instituto em abreviar a persecução penal.

Conforme ensina Douglas Fischer⁴¹⁰, a retroatividade penal é sobre fato penal, de modo que a retroatividade do ANPP deve recair sobre fatos ocorridos antes do início da vigência da nova legislação. Por outro lado, a legislação processual penal também contempla o princípio do *tempus regit actum*, segundo a qual a lei processual será aplicada desde logo. O caráter misto da norma permite a conformação entre os postulados.

Assim, por ser regra de caráter híbrido, que traz benefícios penais, condicionados a um evento – não haver processo –, não se revela viável pretender a aplicação retroativa exclusivamente da parte penal do instituto, quando absolutamente incompatível com outra exigência contida na própria norma – a não existência de processo. Compreende-se a intenção de política-criminal em abreviar o processo-crime, de modo a impedir a sua aplicação apenas a casos já transitados em julgado, por absoluta incompatibilidade com a finalidade do instituto.

Lado outro, justamente por encerrar norma mais benéfica ao réu, a aplicação a ações penais em curso antes da entrada em vigor da Lei nº. 13.964/2019 se revela possível nos casos em que preenchidos os requisitos legais. Ainda que o caso esteja em nível recursal, remanesce a possibilidade de abreviar o fim da persecução penal, aplicando-se os efeitos benéficos de não padecer o réu dos efeitos da condenação. Em caso de descumprimento, retoma-se o curso da ação penal, sem riscos de que ocorra a prescrição nestes casos, vez que por força da nova

⁴⁰⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 256; BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 126; FISCHER, Douglas. Não cabe ANPP a ações penais instauradas antes da Lei nº 13.964/2019. 28 de setembro de 2020. Disponível em <<https://temasjuridicospdf.com/nao-cabe-anpp-a-acoes-penais-instauradas-antes-da-lei-n-13-964-2019/>>, acesso em 20.03.2021; dentre outros.

⁴¹⁰ FISCHER, Douglas. Não cabe ANPP a ações penais instauradas antes da Lei nº 13.964/2019. 28 de setembro de 2020. Disponível em <<https://temasjuridicospdf.com/nao-cabe-anpp-a-acoes-penais-instauradas-antes-da-lei-n-13-964-2019/>>, acesso em 20.03.2021.

redação do artigo 116, inciso IV, do Código Penal, o prazo prescricional não tem curso enquanto não cumprido ou rescindido o acordo de não persecução penal.

A multiplicidade de entendimentos doutrinários e jurisprudências sobre o ponto demonstra a necessidade de que o tema seja enfrentado pelos Tribunais Superiores e pacificado, para que o Ministério Pública tenha uma orientação uniforme na condução dos casos e não incorra em violações aos direitos do acusado, permitindo-se o controle interno à vontade do órgão ministerial em eventual hipótese em que o representante decida por não oferecer o ANPP pela questão intertemporal, mesmo que preenchidos os requisitos legais. Embora vigente o Enunciado nº. 98/2020, da 2ª Câmara Criminal do MPF exatamente no sentido ora defendido, não é essa a compreensão do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais⁴¹¹.

Cogita-se ainda de outros pontos concernentes ao ANPP não diretamente inerentes à atuação ministerial, mas também não enfrentados pela legislação e que serão objeto de análise pela jurisprudência para que tenham interpretação pacificada e aplicação uniforme, a permitir a incidência de eventual necessidade de controle da atuação do Ministério Público, como o cabimento do acordo na *ação penal de iniciativa privada*. Para Aury Lopes Jr., o caminho será o mesmo trilhado pela transação penal, no sentido de admitir-se a propositura de ANPP pelo querelante quando preenchidos os requisitos legais, justificando seu posicionamento pelo fato de ser a ação penal de iniciativa privada plenamente disponível⁴¹².

Concorda-se com o entendimento, e no mesmo sentido é a posição de Vladimir Aras, por aplicação analógica do quanto definido pela jurisprudência quando da introdução dos mecanismos da Lei nº. 9.099/95, em que prevaleceu o entendimento de que, desde que observados os requisitos legais, permite-se a incidência da suspensão condicional do processo e da transação penal nas ações penais privadas, regidas pelos princípios da disponibilidade e da oportunidade⁴¹³. Em sentido contrário, Gustavo Badaró defende o não cabimento do ANPP na ação penal privada, pelos dispositivos legais sempre se referirem à participação ativa do Ministério Público no instituto, único legitimado para a propositura e negociação do acordo⁴¹⁴.

⁴¹¹ Para o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, compreende-se a possibilidade de aplicação do ANPP a casos em curso desde que não recebida a denúncia: “ENUNCIADO 20 (ART. 28-A): Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.” Disponível em <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>, acesso em 20.01.2021.

⁴¹² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 263.

⁴¹³ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 233.

⁴¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 186.

Também cogitando-se da necessidade de viabilizar eventual controle da vontade do Ministério Público, é questão a ser enfrentada a possibilidade de incidência da *lógica da detração da pena* para o caso de que o acordo seja rescindido e o processo penal tenha curso e culmine em condenação. Há autores que, compreendendo as condições pactuadas como verdadeiras penas criminais⁴¹⁵, defendem a possibilidade de se computar eventual prestação pecuniária e indenização já pagas, e o tempo de prestação de serviços à comunidade para fins de abatimento da pena cominada⁴¹⁶, em observância aos princípios da boa-fé e do adimplemento substancial consagrados na teoria dos negócios jurídicos.

Em sentido contrário, Antônio Suxberger defende que o acordo de não persecução penal veicula medidas de responsabilização do investigado, embora afirme que implica em fixação de medidas assemelhadas às penas restritivas de direito⁴¹⁷. Todavia, entende o autor que não se trata de imposição de pena por decisão judicial, mas sim condições aceitas voluntariamente pelo agente, cujo cumprimento não implica solução de punibilidade do fato criminoso⁴¹⁸. Na mesma linha é a posição de Vladimir Aras, embora reconhecendo que se assemelham a penas não privativas de liberdade, afirma que as condições previstas nos incisos I a IV do artigo 28-A “têm a natureza jurídica de obrigações de fazer, de não fazer ou de dar ou entregar coisa”⁴¹⁹.

O posicionamento pela possibilidade de uma forma de detração⁴²⁰ é consistente e com ele se concorda, entendendo pertinente que normas internas ao Ministério Público veiculem orientação nesse sentido, para que os membros da instituição assim o procedam nos casos concretos, sobretudo se já houver o cumprimento de grande parte das obrigações assumidas. Embora não impliquem em assunção de culpa e tampouco sejam aplicadas por decisão judicial para formalmente serem consideradas penas, são medidas análogas às penas restritivas de direito, em especial aquelas previstas no inciso III do artigo 28-A – prestação de serviço.

⁴¹⁵ “A natureza jurídica das sanções previstas no ANPP é de pena, a despeito do nome que a elas se dê (medida, condição, etc.). não se pode ter dúvidas de que a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária sejam, deveras, modalidades de pena, tanto é verdade que aplicadas em razão da prática de um crime e, não bastasse, executadas perante o juízo da execução penal (art. 28-A, §6º, CPP).” - FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 288; No mesmo sentido: PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 822.

⁴¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 262.

⁴¹⁷ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 112.

⁴¹⁸ Idem. *O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional*. cit., p. 125.

⁴¹⁹ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 207.

⁴²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 189-190.

E, como tal, constituem verdadeira resposta estatal formalizada (ainda que alternativa ao tradicional processo penal), de modo que seria injusto ao acusado cogitar-se da rescisão do pacto sem a possibilidade de valer-se do período já cumprido de restrição de direitos para abatimento em caso de eventual condenação. Impõe-se, então, a interpretação da legislação que regula a detração em favor do sentenciado, em harmonia com a dignidade da pessoa humana, visualizando o condenado como sujeito de direitos, afastando-se, assim, verdadeiro excesso de execução.

Como se verifica, as questões deixadas em aberto pela legislação são variadas, e não se tem a pretensão de esgotar as inúmeras dificuldades que a aplicação prática do instituto recentemente inserido ainda irá ensejar aos atores do sistema de justiça criminal. Sobre essas e sobre novos impasses a serem descobertos pela experiência, incumbirá a análise percuciente da jurisprudência e da doutrina, para que sejam empreendidas soluções que se adequem aos princípios constitucionais que informam o processo penal democrático. Nesse sentido, será possível consolidar a atuação dos atores envolvidos no sistema de justiça criminal no âmbito do ANPP, de modo específico para o tópico, os membros do Ministério Público, tendo como norte a observância às garantias processuais.

Com efeito, desde já, pensa-se que através de normas internas que versem sobre as questões ora apontadas e outras, será possível uniformizar a compreensão do instituto perante os membros do Ministério Público. Reforça-se a necessidade de normas internas comprometidas com a necessidade de fundamentação tanto da decisão ministerial pela proposta de acordo, quanto da decisão pelo não cabimento do ANPP no caso concreto, aliada a normativos que visem a preservação do caráter negocial do acordo de não persecução penal, com o estabelecimento de diretrizes e condutas a serem empreendidas – sobretudo para a equiparação do poder de negociação entre acusação e defesa, o que somente é conferido com a postura equânime do Ministério Público –, sob pena de aplicação de sanções disciplinares ao membro que não atue com a transparência e dever de observância aos critérios legais e princípios regentes. Assim, entende-se que será possível evitar que o acordo de não persecução penal prospere em cenários de violações às garantias constitucionais, mediante indesejada atuação automatizada, com propostas de acordo pré-estabelecidas como um contrato de adesão, desconsiderando a situação concreta, as circunstâncias do fato delitivo e do agente.

O novo instituto gera situação benéfica ao imputado ao impedir a instauração do processo crime, e ao possibilitar a decretação da extinção da punibilidade, uma vez cumpridas as medidas acordadas. Assim, tem-se que o acordo de não persecução penal encerra expressiva transformação do panorama penal vigente até então no sistema de justiça criminal, aprimorando

o modelo de justiça penal negociada. A iniciativa de advogados e dos membros do Ministério Público certamente terão especial relevo para que as mudanças se consolidem na nova cultura jurídica em observância aos princípios constitucionais do processo penal democrático.

3.2. Limites da atividade jurisdicional no controle da atuação do Ministério Público no acordo de não persecução penal

A nova realidade jurídica diante da inserção do acordo de não persecução penal deverá impactar também na atuação do Poder Judiciário. A este, compete precipuamente a homologação dos acordos celebrados, a fim de aferir a voluntariedade e a legalidade das condições impostas para garantir a repressão e prevenção delitiva, nos termos do artigo 28-A, §§4º e 5º, do Código de Processo Penal, garantindo a vigência dos direitos fundamentais⁴²¹.

Todavia, a função do julgador no cenário da justiça criminal negocial é questão polêmica. Em estudos que abordam a inserção da transação penal e da suspensão condicional do processo, à época da inserção da Lei 9.099/95, já se discutia a possível atuação acrítica do juiz, de modo “automatizado”, em atuação meramente burocrática na homologação de acordos, a revelar possível violação ao dever estatal de prestar tutela jurisdicional⁴²².

Nada obstante, a se considerar o amplo âmbito de incidência do ANPP, defende-se a atuação jurisdicional de modo profícuo na fase de homologação, como garantidor das regras do devido processo e dos direitos fundamentais dos acusados⁴²³, quando poderá realizar o controle formal e empreender uma análise preliminar da adequação ao caso, mediante controle de legalidade e regularidade do instituto.

Na fase de negociação do acordo, por outro lado, a participação do julgador não é desejável, a fim não comprometer sua imparcialidade⁴²⁴ e para que não se amplie eventual pressão sobre o investigado para a realização do acordo⁴²⁵, imiscuindo-se em momento essencialmente reservado às tratativas entre acusação e defesa. De modo implícito, a legislação preconiza a ausência do juiz do momento das tratativas, em respeito ao sistema acusatório,

⁴²¹ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 289.

⁴²² LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência garantista. In WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. cit., p. 118.

⁴²³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 112.

⁴²⁴ COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ Junior, Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 969, p. 149-159, jul. 2016, p. 150-151.

⁴²⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 149-150.

conforme o §3º, do artigo 28-A, do CPP: “O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.”, o que confere um reforço à imparcialidade do julgador.

Poderia cogitar-se e que a participação do julgador na formação do acordo conferiria maior segurança jurídica à justiça criminal negocial. Contudo, em uma atuação passiva, imparcial, em que o magistrado não participa de discussões sobre o mérito das acusações que pesam sobre o réu, preserva-se a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência do agente. Assim, à semelhança do ocorrido no âmbito do acordo de colaboração premiada⁴²⁶, o juiz não deve adotar posição ativa no sentido de sugerir às partes obrigação específica ou direito a ser previsto no acordo.

Ao julgador incumbe validar o resultado da negociação, garantindo a observância aos direitos fundamentais⁴²⁷. No âmbito específico do acordo de não persecução penal, a atividade do magistrado tem papel central no momento da audiência de ratificação prevista no artigo 28-A §4º: “Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.”.

A previsão legal para o momento inicial da atuação jurisdicional no acordo de não persecução penal reforça a publicidade do acordo, a realçar que os interesses em jogo no ANPP têm transcendência pública, e não apenas restrita aos interesses privados. A intenção da audiência para a homologação do acordo (artigo 28-A, §4º, CPP) é que o magistrado verifique se houve o devido respeito à legalidade e à voluntariedade⁴²⁸ – aqui compreendida como o consentimento informado do agente –, como forma de assegurar a observância aos direitos do investigado, evitando a homologação de acordos com vícios de vontade (como, por exemplo, um acordo obtido mediante ameaça, coação ou indução a erro)⁴²⁹.

Após a realização da respectiva audiência, o magistrado procederá ao juízo de homologação do acordo entabulado entre as partes, que poderá ocorrer oralmente, ou ser formalizada em decisão. Importa consignar que a decisão do juiz que homologa o acordo, enquanto terceiro desinteressado, não equivale à sentença condenatória. Trata-se de ato

⁴²⁶ CALLEGARI, André Luiz; LINHARES, Raul M. *Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 49.

⁴²⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. cit., p. 287.

⁴²⁸ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. cit., p. 266.

⁴²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 190.

homologatório⁴³⁰, elemento integrativo do acordo de não persecução penal que verifica a legalidade e legitimidade, e autoriza o início efetivo dos efeitos jurídicos do acordo⁴³¹.

Os efeitos da homologação do ANPP, em termos práticos são, então: (i) cumprir com a condição de eficácia, podendo ser iniciado o cumprimento das condições pactuadas e impedindo o MP de oferecer denúncia; (ii) suspender o curso da prescrição (conforme artigo 116, inciso IV, do Código Penal); (iii) fixar termo *a quo* para a contagem do prazo de cinco anos para um novo ANPP (conforme artigo 28-A, §2º, inciso III, CPP); (iv) quando cabível, determinar a intimação da vítima para ciência sobre a homologação (artigo 28-A, §9º, CPP).

Nesse momento, o juiz deve examinar os aspectos formais para o acordo de não persecução penal, seus pressupostos e requisitos, além dos demais elementos inerentes à negociação, como a voluntariedade e a legalidade das cláusulas propostas. De forma sucinta, estes são os requisitos para o acordo: (i) confissão formal e circunstanciada; (ii) ausência de violência ou grave ameaça; (iii) pena mínima inferior a quatro anos, consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto; (iv) necessidade e suficiência da medida para fins e reprovação e prevenção do crime; (v) não estar configurada a reincidência e não haver elementos probatórios que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações pretéritas; (vi) não se tratar de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

A par das críticas ao requisito legal da necessidade de “confissão formal e circunstanciada” já apresentadas no tópico anterior, acrescenta-se nesse momento a problemática do requisito segundo o qual o agente não seja reincidente e não existam elementos probatórios que indiquem habitualidade delitiva.

Excetuando-se a reincidência, quais seriam os critérios probatórios para a aplicação dessa previsão legal? A norma não dispõe, e o conteúdo aberto predis põe à insegurança jurídica na medida das diversas possibilidades de interpretação. Incumbirá à defesa apontar a questão ao

⁴³⁰ Nesse sentido é o Enunciado 24, do Conselho Nacional de Procuradores Gerais: “A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória [...]”. Disponível em <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>, acesso em 20.04.2021. Na mesma linha é a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, a respeito do ato de homologação do acordo de colaboração premiada: “[...] esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a ‘regularidade, legalidade e voluntariedade’ do acordo (art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/2013.” (STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 36).

⁴³¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 150-151.

juízo, e ao magistrado, no exercício do controle judicial sobre o ANPP, que impeça que o acordo seja negado àqueles que não registrem condenação transitada em julgado⁴³².

Defende-se, ainda, a necessidade de que o controle judicial seja realizado também sob a ótica da adequação do acordo, com análise de seus pressupostos a fim de constatar a existência dos elementos convincentes sobre autoria e materialidade no procedimento investigativo, em juízo semelhante àquele que seria feito para constatar-se a presença de justa causa⁴³³ para o recebimento da denúncia⁴³⁴. Mais uma razão para que a decisão ministerial pela propositura da avença seja devidamente fundamentada, permitindo-se a análise de legalidade do pacto, nos termos do artigo 28-A, §4º, CPP, também sobre a presença de justa causa no caso em concreto⁴³⁵.

Em acréscimo, Vladimir Aras defende que será na audiência de confirmação do ANPP que o juiz poderá confirmar não só a voluntariedade do agente, mas também certificar-se de sua confissão e da própria extensão dos fatos confessados, a fim de verificar se estão em conformidade com o ajuste feito entre acusação e defesa⁴³⁶. A verificação em comento seria realizada por um procedimento assemelhado ao interrogatório, embora mais breve e de conteúdo simplificado.

Em análise sobre o papel do juiz diante dos mecanismos negociais no processo penal até então restritos à Lei nº. 9.099/95, Antonio Scarance Fernandes apresenta consideração valiosa que também deve ser aplicada ao ANPP, no sentido de que no momento do juízo homologatório, é recomendável que o julgador, além do exame formal da pertinência legal, exerça juízo de delibação mínima acerca do caso concreto, ainda que de modo superficial, para verificação dos aspectos relacionados ao cabimento do acordo e os efeitos propostos, a fim de analisar a sua adequação. É ver:

Afirma-se que não há eliminação dos poderes do juiz, o qual pode exercer, conforme o procedimento, até um tríptico papel. O primeiro, de apreciar o mérito com a finalidade de verificar se não é possível solução mais favorável ao acusado, podendo absolvê-lo ou declarar extinta a punibilidade. Desempenharia um segundo papel ao

⁴³² FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 288; No mesmo sentido: PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 294.

⁴³³ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. cit., p. 430-431.

⁴³⁴ Nesse sentido, sobre o juízo de adequação no estudo do acordo de colaboração premiada: “Por fim, a adequação/exatidão do acordo deve ser verificada a partir da necessidade de um lastro probatório mínimo, uma justa causa, que legitime e autorize a realização do acordo.” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 174).

⁴³⁵ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 299.

⁴³⁶ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 219.

examinar a qualificação jurídica do fato, ao apreciar as circunstâncias apontadas pelas partes para determinação da pena em concreto. O último papel seria o de constatar se o acusado, ao pedir o acordo ou ao concordar com a proposta do Ministério Público, estava suficientemente esclarecido e agiu de forma voluntária.⁴³⁷

A observação poderia ensejar críticas sobre a possibilidade de contaminação da imparcialidade do julgador ao exercer o juízo homologatório nesse contexto, cogitando-se de eventual rescisão da avença e início do processo penal. Todavia, entende-se pertinente encontrar um equilíbrio ideal⁴³⁸ para que não ocorra a contaminação do juiz, e que não seja realizada uma análise meramente protocolar para a homologação do acordo de não persecução penal, mas que seja analisada em seu mérito ainda que superficialmente. A solução está na instituição do juiz de garantias pela nova legislação, a quem competirá a homologação do acordo de não persecução penal quando formalizado durante a investigação (artigo 3º-B, inciso XVII), de modo que ficará impedido de atuar em eventual processo decorrente do rompimento do pacto, nos termos do artigo 3º-D⁴³⁹.

Nesse sentido, as incumbências do magistrado no âmbito do ANPP, que encerram verdadeiro controle jurisdicional da atuação do Ministério Público estão previstos nos §§5º, 7º e 8º, todos do artigo 28-A, do CPP⁴⁴⁰. Assim, constatada a presença dos requisitos legais dispostos no artigo 28-A, CPP, o juiz deverá proceder à análise substancial do ANPP, iniciando pelo exame da voluntariedade do agente em aceitar o acordo no momento da audiência de ratificação, motivado pelo consentimento informado do agente. A importância da verificação perpassa por estudos criminológicos a indicar que em outros países que adotam acordos penais que guardam pontos de convergência com o ANPP, há casos em que os agentes aceitam penas menores receosos de serem condenados a penas maiores, mesmo quando inocentes.

Em abordagem sobre a experiência da barganha no direito norte-americano, Vinícius Vasconcellos aponta que “as punições impostas após a recusa da barganha podem ser até nove vezes maiores, em comparação à consentida em momento anterior”, o que denomina como

⁴³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 258.

⁴³⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 117-119.

⁴³⁹ Os dispositivos que instituíram o juiz de garantias continuam suspensos pela medida cautelar deferida pelo Min. Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300.

⁴⁴⁰ “§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. [...]”

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.”

“preço do julgamento”⁴⁴¹. Em interessante passagem, o estudo aponta que, quanto maior o índice de condenações realizadas por barganha, menor é o percentual geral de absolvições, em que conclui: “pode-se afirmar que parte dos reconhecimentos de culpabilidade foi realizada por réus que seriam inocentados em eventual processo, seguindo-se a média de absolvições anteriores à introdução dos mecanismos negociais.”⁴⁴². Assim, “uma quantidade expressiva de barganhas (em média 1/3 dos acordos) se deu em casos em que não acarretariam condenações em um julgamento conforme as regras do devido processo legal.”⁴⁴³.

Para além de avaliar a voluntariedade e a legalidade do ANPP, o magistrado poderá também avaliar as próprias condições impostas, e os conteúdos em si considerados de cada uma. Embora seja objeto de controvérsia na doutrina⁴⁴⁴, as previsões legais acima são bem-vindas para a finalidade precípua de assegurar a observância às garantias constitucionais do acusado também sob o ponto de vista da legalidade das cláusulas pactuadas. Contudo, o tema não é simples, sobretudo pela responsabilidade incumbida ao Ministério Público de gestão da persecução penal na nova legislação⁴⁴⁵.

A avaliação inicial sobre a suficiência e necessidade do acordo de não persecução penal é de responsabilidade do órgão acusador, segundo o *caput* do artigo 28-A, CPP, inserindo cláusula aberta a ser devidamente justificada pelo Ministério Público, o que constitui espaço para indesejados eventuais subjetivismos, conforme exposto nos tópicos anteriores. A legislação prevê, então, verdadeiro mecanismo de controle da vontade ministerial quando dispõe sobre a possibilidade de que o magistrado fiscalize a suficiência ou não das condições pactuadas, definidas nos incisos do *caput* do artigo 28-A.

Rodrigo Cabral defende que esta é uma leitura inviável da extensão do controle judicial pertinente ao acordo de não persecução penal, de modo que eventual recusa em homologar o ANPP apenas poderia ocorrer por razões de violação à legalidade:

⁴⁴¹ MCCOY, Candace. Plea bargaining as coercion: the trial penalty and plea bargaining reform. *Criminal Law Quarterly*, v. 50, p. 1-41, 2005, p. 21, apud VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 165-169.

⁴⁴² FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in the federal courts, *Harvard Law Review*, v. 89, n. 2, p. 293-315, dez. 1975, p. 230-231, apud VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 165-169.

⁴⁴³ FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in the federal courts, cit., p. 309-310, apud VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 165-169.

⁴⁴⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. cit., p. 157.

⁴⁴⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 825.

Ademais, e desde logo, é importante frisar que, em nenhuma hipótese, o Poder Judiciário poderá deixar de homologar o acordo de não persecução penal por razões que não sejam de legalidade.

Assim, a *opinio delicti* a respeito dos fatos investigados, a oportunidade e conveniência sobre a realização do acordo, o conteúdo das cláusulas (desde que dentro do figurino legal), a forma de redação e configuração do acordo são matérias que competem exclusivamente às partes da avença decidir, estando, portanto, infensas ao controle ou à intervenção judicial.⁴⁴⁶

A visão de Vladimir Aras é um pouco mais alargada, ao compreender que a inadequação, insuficiência e abusividade do acordo podem ser corrigidas pelo juiz, seja pela supressão, adição ou correção das cláusulas que entender ilegais ou abusivas. Entretanto, tais ajustes devem realizar-se exclusivamente no plano da legalidade⁴⁴⁷, para posterior reapresentação para homologação.

A posição é consistente, sobretudo por defender que a avaliação político-criminal sobre a pertinência do ANPP é de exclusividade do Ministério Público, em privilégio ao sistema acusatório, com a qual se concorda. No mesmo sentido já se manifestou o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais:

Enunciado 24 (art. 28-A, §§5º, 7º e 8º)

A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/contéudo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório.⁴⁴⁸

Com efeito, em uma análise da Resolução 181/2017 do CNMP, que inicialmente regulava o ANPP, verifica-se que não havia qualquer previsão atinente a eventual controle jurisdicional prévio à celebração do acordo. Previsões nesse sentido foram inseridas a partir da Resolução 183/2018, com a nova redação do artigo 18, §§4º, 5º e 6º:

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá

⁴⁴⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo e não persecução penal* – à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). cit., p. 157.

⁴⁴⁷ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 220.

⁴⁴⁸ Disponível em https://www.cnpj.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf, acesso em 20.04.2021.

adotar as seguintes providências: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)⁴⁴⁹

A inovação é bem-vinda e recomendável, agora consolidada na legislação processual penal a autorizar que o juízo competente, desde logo, verifique o cabimento da avença e suas condições, a coibir ilegalidades nas condições e abusos para o imputado⁴⁵⁰. O entendimento também consta da Orientação Conjunta nº 03/2018, revisada e ampliada a partir da edição da Lei nº. 13.964/2019⁴⁵¹.

Contudo, entende-se que tal avaliação deverá ser realizada com cautela, sem que o magistrado intervenha na redação final da proposta em si, estabelecendo as cláusulas do acordo⁴⁵², o que violaria não só o sistema acusatório, mas a própria imparcialidade objetiva do julgador⁴⁵³. De fato, o juiz não pode se tornar protagonista do acordo, mediante postura intervencionista na própria definição das condições do ANPP, ou nos fundamentos que ensejaram a propositura da avença, imiscuindo-se no juízo de oportunidade do Ministério Público.

A questão deve se restringir no âmbito da legalidade, para que não se incorra em incompatibilidade da necessidade de ajustes na proposta antes da homologação do acordo com o princípio acusatório⁴⁵⁴, em equilíbrio com um exame ainda que superficial da adequação do acordo para o caso concreto e das cláusulas pactuadas, a fim de coibir violações de direito e abusos.

Nesse sentido foi a decisão cautelar do Ministro Luiz Fux na ADI 6305, que impugnou exatamente a constitucionalidade dos §§5º, 7º e 8º do artigo 28-A, dentre outros. Em decisão conjunta na ADI 6298, que reuniu as demais ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei nº. 13.964/2019, o Ministro indeferiu a cautelar nesse ponto, por entender que os dispositivos

⁴⁴⁹ CNMP - Resolução 183/2018, disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>, acesso em 16.04.2021.

⁴⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 260.

⁴⁵¹ “18.1 Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, caberá sua devolução ao MPF para reformulação das condições, com a concordância do investigado e de seu defensor.” - Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 08.04.2021.

⁴⁵² Nesse sentido: “Evidente que, sendo o acordo uma alternativa ao exercício do poder de propor a ação penal, não cabe ao Poder Judiciário impor as suas condições. Logo, quando muito, caberá ao juiz sugerir a reformulação, indicado que pontos considera que representam empecilho à homologação. Não há, pois, como o juiz determinar ou impor a reformulação num sentido ou noutro.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 195).

⁴⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2021, p. 240.

⁴⁵⁴ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 221-225.

não estão em confronto com a autonomia do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado, mas sim prestigia uma espécie de “freios e contrapesos” no processo penal:

Nesta análise preliminar, não observo incompatibilidade com os dispositivos e princípios constitucionais alegados, tais como “a autonomia do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado”. Trata-se de medida que prestigia uma espécie de “freios e contrapesos” no processo penal (art. 28-A, §5º).

A despeito do que argumentado pela parte autora, a autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência) permanece plena, vez que ao magistrado cabe, no máximo, não homologar o acordo.⁴⁵⁵

A atuação jurisdicional deve se reservar a circunstâncias em que haja evidente inadequação das condições para o caso concreto, insuficiência ou abusividade, a fim de controlar a intensidade das verdadeiras penas ajustadas sob o exame da legalidade. Com efeito, conforme previsão inserida pelo Pacote Anticrime, pode e deve agir quando tais excrescências forem constatadas⁴⁵⁶, mas jamais para alterar a redação das cláusulas⁴⁵⁷, substituindo-se à atuação ministerial e imiscuindo-se na autonomia das partes, mas dentro de sua possibilidade de atuação enquanto magistrado, qual seja, mediante a recusa na homologação da proposta, conforme autorizado pelo artigo 28-A, §7º, do CPP, ou a devolução dos autos ao Ministério Público (§8º).

Esse foi exatamente o posicionamento adotado pelo Ministro Luiz Fux na decisão cautelar que suspendeu dispositivos trazidos pelo Pacote Anticrime:

É dizer: o magistrado não pode intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo (o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a imparcialidade objetiva do julgador). Ao revés, o juiz poderá somente (a) não homologar ou (b) devolver os autos para que o parquet – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, por exemplo (art. 28-A, §8º).⁴⁵⁸

Essa também é a posição de Renee do Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower, que defendem a importância da análise do Poder Judiciário a respeito do acordo de não persecução penal, a fim de “evitar abusos, repelindo prestações que atinjam direitos de terceiros e/ou absolutamente vedadas pelo ordenamento jurídico, como aquelas consideradas cruéis,

⁴⁵⁵ ADI 6298 MC/DF, Relator: Ministro Luiz Fux, decisão proferida em 22.01.2020, DJe 03.02.2020.

⁴⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 260.

⁴⁵⁷ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 221.

⁴⁵⁸ ADI 6298 MC/DF, Relator: Ministro Luiz Fux, decisão proferida em 22.01.2020, DJe 03.02.2020.

cumpridas por outra pessoa que não o investigado, com castigos físicos, etc. Trata-se, pois, da importante função homologatória, que visa resguardar direitos fundamentais.”⁴⁵⁹.

Assim, relevante trazer a lume quais critérios o juiz deveria adotar para o controle da intensidade das sanções acordadas no ANPP à luz da legalidade. É necessário que as condições pactuadas guardem pertinência e proporcionalidade com a infração imputada, preservando-se a dignidade do agente sem que cláusulas vexatórias e indignas constem do acordo⁴⁶⁰.

As condições do acordo previstas nos incisos I do *caput* do artigo 28-A poderão ser estabelecidas “cumulativa ou alternativamente”, donde se conclui que poderão ser aplicadas todas as condições, ou apenas algumas delas. Nesse sentido, não se revela possível, ainda, que o juiz admita automaticamente a cumulação das penas do artigo 28-A, sem fundamentação respectiva e dissonantes da gravidade dos fatos, também em atenção às previsões legais pertinentes⁴⁶¹. De início, tem-se que ao agente não deve ser cominada pena mais gravosa do que aquela que lhe seria imposta em caso de condenação, observados os critérios do Código Penal, para além da necessidade de que o conteúdo da proposta seja expresso e devidamente especificado, para que o agente esteja devidamente informado das cláusulas pactuadas.

O inciso I prevê a possibilidade de reparação do dano, sem distinção entre o dano material ou moral. Em caso de dano moral, a estimativa deve ser compatível com as posses do agente, sob pena de que não consiga cumprir a condição. Não há previsão legal de que o dano seja reparado antes da celebração do acordo, ou que seja reparado na integralidade e de modo imediato, ficando à cargo das partes a definição.

A renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público que sejam instrumentos, produtos ou proveito do crime, constante do inciso II, serão indicados em atenção às circunstâncias declaradas na confissão do agente. A previsão legal deve guardar pertinência com o artigo 91, inciso II, do Código Penal, que prevê idêntica possibilidade como efeito da condenação “desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”.

A possibilidade de que seja acordada prestação de serviço à comunidade, com redução de um a dois terços, conforme inciso III, escancara a aplicação de verdadeira pena restritiva de

⁴⁵⁹ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 182.

⁴⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 190-193.

⁴⁶¹ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 297.

direitos⁴⁶², conforme artigo 43, inciso IV⁴⁶³, e artigo 46, ambos do Código Penal, assim como a condição prevista no inciso IV – pagamento de prestação pecuniária na forma do artigo 45, do Código Penal.

A condição prevista no inciso V, por sua vez, constitui o ponto mais sensível, pois encerra cláusula genérica, ao permitir a incidência de “outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada” que, por certo, deve guardar proporcionalidade e compatibilidade com a infração. A previsão legal abre margem para que sejam cominadas condições idiossincráticas ao agente⁴⁶⁴, que devem ser objeto de análise e controle jurisdicional, para que não sejam determinadas condições esdrúxulas e indignas ao agente⁴⁶⁵, a demonstrar a imprescindibilidade do controle de legalidade das sanções, cujas razões para o seu estabelecimento devem ser analisadas ao menos superficialmente, a fim de evitar lesões a direitos.

Assim, de acordo com o rito previsto no artigo 28-A, após a audiência, em que o julgador terá contato direto com o investigado, quando poderá ouvi-lo, a fim de verificar sua voluntariedade, e após a verificação da legalidade do acordo, inexistindo quaisquer vícios, o juiz homologará o acordo de não persecução penal e os autos serão devolvidos ao Ministério Público, para os termos da avença tenham efeito, essa é a literalidade do §6º. Cumpridas as condições perante o juízo da execução, será decretada a extinção da punibilidade do agente, nos termos do §13.

Nesse momento do estudo, interessa de modo particular a análise das hipóteses em que o juiz não homologue o acordo, exercendo controle judicial sobre a atuação do Ministério Público no ANPP. Conforme a redação dos §§5º, 7º e 8º, do artigo 28-A, então, o controle judicial do acordo de não persecução penal pode se realizar de duas formas: tanto em relação aos requisitos legais (§7º), para recusar a homologação do acordo quando verificado vício objetivo e mais grave, quanto em relação às condições dispostas no acordo, do ponto de vista da adequação, suficiência e abusividade (§5º), para devolver os autos ao Ministério Público para a reformulação da proposta, quando se verificar a existência de vícios sanáveis, e a possibilidade de ajustes.

⁴⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 191.

⁴⁶³ “Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.” e “Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.”

⁴⁶⁴ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 297.

⁴⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 193.

A própria especificidade da previsão legal sobre como será realizado o controle judicial – mediante a recusa da homologação ou o retorno dos autos ao órgão acusatório – demonstra a possibilidade de que o juiz avalie o conteúdo das condições estipuladas no ANPP⁴⁶⁶, ainda que de modo superficial, sob o aspecto da legalidade, a fim de coibir violações, e confirmar sua adequação⁴⁶⁷. Na mesma linha, em análise sobre o ANPP, Gustavo Badaró defende que a autonomia da vontade vigente no espaço de consenso em que se insere o acordo penal não pode se sobrepor aos limites da legalidade⁴⁶⁸.

Em estudo sobre a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada, Mariana Souza assim sintetizou: “a cognição do juiz, no momento da homologação, não pode ser demasiadamente rasa, a ponto de deixar passar acordos que careçam de condições de validade; mas, por outro lado, não pode ser demasiadamente profunda, a ponto de permitir que o juiz assuma o papel das partes ou faça um pré-julgamento do caso”⁴⁶⁹.

Cumpra-se destacar que a previsão legal do §8º do artigo 28-A, que determina o retorno dos autos ao Ministério Público para aferir eventual necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, deve incidir apenas após a recusa formal à homologação (§7º), viabilizando a possibilidade de insurgência recursal (recurso em sentido estrito, conforme artigo 581, XXV, CPP) para, na sequência, devolver os autos ao Ministério Público a fim que o órgão avalie a necessidade de complementar as investigações, ou de oferecer a denúncia.

Ainda, caso o juiz se negue a homologar o acordo, não obstante satisfeitos os requisitos legais, para além da possibilidade de interposição de recurso em sentido estrito (artigo 581, XXV, CPP), em que serão legitimados com interesse recursal tanto o investigado, quanto o promotor natural⁴⁷⁰, entende-se também pela possibilidade de impetração de mandado de

⁴⁶⁶ “Contudo, se o juiz ou a juíza poderão considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. Assim como poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação que determinar, podendo, inclusive, ao recusar a homologação, devolver os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.” (MENDES, Soraia da Rosa. Martínez, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. cit., p. 67).

⁴⁶⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 174.

⁴⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 190-193.

⁴⁶⁹ SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016, p. 47-71, p. 63.

⁴⁷⁰ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 222.

segurança contra ato jurisdicional, ou *habeas corpus*, como já defendido pela doutrina quando da análise dos mecanismos consensuais da Lei nº. 9.099/95⁴⁷¹.

Para a hipótese em que a rejeição do acordo se fundar em critérios que digam respeito ao juízo de suficiência ou adequação das cláusulas pactuadas, Vladimir Aras entende pelo cabimento de remessa ao órgão superior do Ministério Público, na forma do artigo 28, do CPP, para dirimir a questão, quando o Ministério Público insista no acordo e se recuse a dar continuidade às investigações ou ao oferecimento de denúncia (§8º). Entende o autor que o recurso em sentido estrito seria para as hipóteses de não homologação por ilegalidade, abusividade, ou ausência de voluntariedade⁴⁷² e, no caso de discordância do magistrado das condições pactuadas, defende pela possibilidade de remessa ao órgão superior do Ministério Público⁴⁷³.

A solução pela remessa ao órgão superior do Ministério Público seria decorrente da interpretação do §8º do artigo 28-A, compatibilizado com o artigo 129, inciso I da Constituição Federal, e o artigo 3º-A, do CPP. Para o autor, havendo discordância do juiz na homologação do ANPP por reputar inadequadas ou insuficientes as condições pactuadas, estando presentes os requisitos legais, a voluntariedade do agente, e inexistente qualquer abusividade, “deve devolver os autos ao Ministério Público sim, mas não ao promotor natural. Deve proceder na forma do art. 28 do CPP e remeter os autos ao Procurador-Geral ou à câmara de coordenação e revisão do MPU, para que ali se avalie se há necessidade de complementação da apuração, se é caso de denúncia, se a proposta será reformulada, ou se a proposta de acordo será mantida.”⁴⁷⁴.

No ponto, pertinente também a crítica de Soraia da Rosa Mendes ao §8º do artigo 28-A, ao defender que, a determinação para que o Ministério Público analise a necessidade de complementar as investigações ou o oferecimento da denúncia quando discorde do juízo de adequação do acordo para a reprovação e prevenção do crime, o juiz viola o sistema acusatório, por tratar-se de verdadeira determinação de que o órgão acusador produza provas contra a pessoa acusada, e que já confessou o crime:

Assim, o juiz ou juíza podem recusar a homologação do acordo se, por exemplo, entenderem que a proposta oferecida não é a “adequada” como resposta necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (lembremos, novamente, já confessado pela pessoa acusada!). E não somente isso.

⁴⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F.. *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5a ed.. São Paulo: RT, 2005, p. 172-173.

⁴⁷² ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 223.

⁴⁷³ Idem, p. 224.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 222-223.

O juízo (das garantias!) devolverá os autos ao MP para que analise a possibilidade de oferecimento de denúncia (voltando a imiscuir-se em prerrogativa constitucional do *parquet* prevista no art. 129, CF à semelhança do que ocorria sob a égide da antiga disposição do art. 28, CP), ou ainda para que o órgão de acusação verifique a necessidade de novas investigações (o que em outras palavras significa que o juiz ou a juíza mais uma vez chamam a si a “tarefa” de produzir provas, neste caso, claramente contra a pessoa acusada).⁴⁷⁵

Concorda-se com a tese, vez que a providência resguarda o sistema acusatório, de modo que a palavra final sobre a possibilidade de substituição da persecução penal pelo acordo permanece com o próprio órgão ministerial. Assim, na hipótese em que o magistrado se negue a homologar o acordo por ausência da adequação do §5º, e desde que verificados os requisitos legais, a voluntariedade do agente, e inexistente qualquer abusividade, e insistindo o Ministério Público pelo acordo e não pela persecução penal, os autos devem ser encaminhados ao órgão superior do *parquet*, na forma do artigo 28⁴⁷⁶ do CPP, providência que privilegia a titularidade exclusiva da ação penal, e impede que o Poder Judiciário obste a realização do acordo por motivos que desbordem de sua atuação e dos limites do controle judicial.

A negativa em propor o oferecimento do acordo de não persecução penal também está submetida ao controle judicial. Outro mecanismo de controle da vontade do Ministério Público inserto na competência jurisdicional está previsto no artigo 28-A, §14, CPP, sobre o qual já se dissertou nos tópicos anteriores sobre a possibilidade de remessa dos autos a órgão superior do Ministério Público no caso de recusa na propositura do acordo de não persecução penal, mesmo quando preenchidos os requisitos, caso o acusado assim o requeira⁴⁷⁷. A questão orbita em torno da definição do instituto como um direito subjetivo do acusado, conclusão com a qual não se concorda, sobretudo pela violação ao sistema acusatório, pois abriria margem para a possibilidade de que o Poder Judiciário determine a realização da avença, ainda quando discorde o *parquet*.

Nesse ponto, na hipótese em que o magistrado não atenda a pedido da defesa com base na previsão legal do §14 ou para o caso de que a manifestação ministerial não tenha sido fundamentada, compreende-se que a recusa do Ministério Público em oferecer o acordo de não persecução penal pode ser objeto de controle judicial por meio da impetração de *habeas corpus*, garantia fundamental e adequado para assegurar a plenitude do direito à liberdade de

⁴⁷⁵ MENDES, Soraia da Rosa. Martínez, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. cit., p. 67.

⁴⁷⁶ A eficácia do artigo 28, do CPP, na redação dada pela Lei nº. 13.964/2019 está suspensa por decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em 22.01.2020, nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305.

⁴⁷⁷ “§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

locomoção⁴⁷⁸, não para que o Poder Judiciário unilateralmente conceda os benefícios do ANPP, o que violaria o sistema acusatório, mas para se determinar que o órgão superior do Ministério Público analise as razões apresentadas pela defesa do acusado e apresente manifestação fundamentada a respeito da decisão pelo oferecimento ou não da avença.

Para além da possibilidade de remessa ao órgão superior do Ministério Público mediante provocação do investigado por determinação do juiz de primeiro grau (§14), e da viabilidade da impetração de *habeas corpus* em caso de ilegalidade patente diante de eventual decisão que negue o pleito defensivo ou inexistindo manifestação ministerial fundamentada, compreende-se também pela possibilidade de que o juiz, de ofício, submeta a questão à instância revisora do órgão ministerial, nos termos da redação do artigo 28, do CPP – aqui considerando tanto a redação antiga do dispositivo⁴⁷⁹, quanto a alteração realizada pelo Pacote Anticrime⁴⁸⁰.

Essa foi a opção da jurisprudência quando da análise dos instrumentos negociais inseridos pela Lei nº. 9.099/95, também de legitimidade do Ministério Público, conforme se verifica na Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”.

Quando entrou em vigor a suspensão condicional do processo (prevista no artigo 89, da Lei dos Juizados Especiais), houve intenso debate sobre a natureza jurídica do instituto, sobre o qual já se detalhou no Capítulo 1, culminando na edição do entendimento sumulado. No ano de 2006, em análise de recurso extraordinário, o Tribunal deixou claro que a solução se aplicava também ao instituto da transação penal, por estar “conectada estreitamente à suspensão condicional do processo, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I)”⁴⁸¹.

De modo idêntico é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, exposto na Edição 96 da “Jurisprudência em Teses”, ao assentar que a suspensão condicional do processo

⁴⁷⁸ RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias., cit., p. 1570.

⁴⁷⁹ “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

⁴⁸⁰ “Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.” – A nova redação do artigo 28, CPP, conferida pela Lei nº. 13.964/2019, está suspensa *sine die* diante da concessão de medida cautelar na ADI 6305/DF pelo Ministro Luiz Fux.

⁴⁸¹ STF, RE 468.161/GO, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. em 14.03.2006.

não é direito subjetivo do acusado, mas um poder-dever do Ministério Público, órgão ao qual incumbe a análise sobre a possibilidade de aplicação do instituto, de modo fundamentado⁴⁸².

Ao se compreender que o acordo de não persecução penal também não constitui direito subjetivo do acusado, mas sim um negócio jurídico processual que encerra um poder-dever do Ministério Público, informado pelo princípio da oportunidade legalmente regulada, em que o agente tem direito subjetivo à manifestação fundamentada⁴⁸³, positiva ou negativa pela aplicação do instituto, o entendimento constante da Súmula 696 do STF também é aplicável ao ANPP.

O brocardo *ubi eadem ratio ibi idem jus*, segundo o qual nos casos em que houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito, impõe a necessidade de que o entendimento seja aplicado, por analogia, ao acordo de não persecução penal, encerrando mais um mecanismo de controle judicial sobre a vontade do Ministério Público, mesmo diante da inércia do acusado em pleitear a remessa dos autos ao órgão revisor em caso de recusa do promotor ou do procurador da república em oferecer o acordo, mesmo que preenchidos os requisitos legais.

Não é difícil cogitar da situação em que o investigado tome conhecimento da persecução penal contra si instaurada apenas no momento da citação para apresentar resposta, de modo que poderia o magistrado já submeter a questão ao órgão superior do Ministério Público, caso entenda cabível o acordo de não persecução penal na hipótese. Ou pior, (mal) assistido por uma defesa técnica em locais que a Defensoria Pública não possa atender⁴⁸⁴, o investigado permanece inerte diante da negativa ou do silêncio do órgão acusador em oferecer a proposta de ANPP, caso em que se entende pertinente também a possibilidade de atuação de ofício do juiz, em aplicação analógica do artigo 28, CPP e conforme o entendimento sumulado.

Isso porque, embora o Ministério Pública tenha papel preponderante e se utilize do princípio da oportunidade legalmente regulada ao definir pela propositura ou não do acordo de não persecução penal, o Poder Judiciário tem a liberdade de atuação e até mesmo o dever de agir como fiscalizador da legalidade quando houver negativa do órgão ministerial em propor o acordo, reputando o juiz estarem presentes os requisitos legais para a incidência do instituto.

⁴⁸² “3) A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada.” – STJ - “Jurisprudência em Teses”, edição n.º 96 “JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS – II”, Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2096:%20JUIZADOS%20ESPECIAIS%20CRIMINAIS%20-%20II>>, acesso em 20.03.2020.

⁴⁸³ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 207.

⁴⁸⁴ MENDES, Soraia da Rosa. Martínez, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. cit., p. 67.

Não se pretende que o juiz exerça um papel de protagonismo no acordo de não persecução penal, vulnerando sua imparcialidade e o espaço negocial reservado às partes. Todavia, imprescindível que o juiz se consolide como um “garantidor das regras do devido processo e dos direitos fundamentais dos acusados, conforme orientação constitucional e convencional”⁴⁸⁵, evitando-se, assim, que a aplicação do acordo de não persecução penal implique em violações aos princípios constitucionais e às normas de regência. A Lei nº. 13.964/2019 não inseriu os dispositivos legais em comento para que o juiz se transforme em mero agente responsável pela homologação dos acordos⁴⁸⁶.

A tese ganha consistência ao compreender-se o ANPP enquanto negócio jurídico processual que encerra poder-dever ministerial que se situa no âmbito da oportunidade legalmente regulada. O juízo pela necessidade e suficiência que poderá ensejar o não cabimento do acordo, diante das relevantíssimas consequências que a decisão implica, não pode ficar somente entre o órgão ministerial, que naturalmente detém maior poder no âmbito do processo penal, e o investigado, não raro hipossuficiente e impossibilitado de valer-se de uma defesa técnica de qualidade nos locais em que não há a atuação da Defensoria Pública.

Nessa toada, nada obstante a palavra final continue sendo do órgão ministerial – e, como tal, não viola o sistema acusatório –, é uma possibilidade de que a negativa do acordo seja analisada de modo mais amplo por um órgão superior mesmo quando não questionado pela parte, ampliando-se a previsão legal para possibilitar o controle jurisdicional nesse sentido a fim de coibir e evitar ilegalidades. Ainda, preserva-se a moldura consensual do acordo de não persecução penal, e o entendimento a respeito da impossibilidade de que o acordo seja celebrado diretamente entre o magistrado e o suposto autor do fato delitivo, diante da titularidade privativa da ação penal do Ministério Público⁴⁸⁷. Assim, após a palavra final do órgão superior do Ministério Público, em manifestação motivada pelo não cabimento do acordo de não persecução penal, incumbirá ao Poder Judiciário apenas acatar a decisão, que será vinculante, colocando fim à tentativa de resolução pela via negocial.

Em lição aplicável ao ANPP, foi a conclusão de Rosimeire Ventura Leite em estudo aprofundado sobre a justiça consensual, em que defendeu o cabimento da remessa ao órgão

⁴⁸⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 112.

⁴⁸⁶ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 299.

⁴⁸⁷ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 206-207.

superior do Ministério Público para a última palavra, nos casos em que o membro oficiante em primeiro grau se recusasse a propositura da transação penal:

Em razão disso, é apropriado, a nosso ver, que a questão seja remetida ao Procurador-Geral de Justiça para emitir a palavra final sobre o assunto. A regra do art. 28, do Código de Processo Penal, portanto, revela-se aplicável ao problema em exame. Primeiro, porque mantém o ministério público em um dos pólos do acordo, preservando sua posição de instituição pela qual o Estado busca a satisfação do interesse punitivo. Segundo, porque assegura o controle de ocasional excesso de discricionariedade por parte de algum representante da referida instituição no exercício de suas funções. Assim, fundada ou não a recusa, motivada ou imotivada, divergindo o juiz de tal postura, deve encaminhar o termo circunstanciado para a autoridade acima referida. Se esta entender que, efetivamente, a proposta é incabível, tal decisão será vinculante para o magistrado e fica encerrada a tentativa de resolução pelo consenso.⁴⁸⁸

A solução preserva a independência funcional dos membros do Ministério Público, vez que não se cogita da possibilidade de que o Poder Judiciário determine que a instituição proponha o acordo de não persecução penal, tampouco se vislumbra a possibilidade de que se conceda os benefícios, ao arrepio da decisão do órgão ministerial, titular da ação penal pública. Ainda, caso o representante ministerial em primeira instância já tenha se manifestado, e discordando o juiz da posição apresentada, não se eximiria da inafastabilidade da prestação jurisdicional, preconizada pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Por fim, outra possibilidade de controle jurisdicional para a hipótese em que o Ministério Público se negue em definitivo a oferecer o ANPP, e discordando o juiz desse entendimento, diz respeito à possibilidade de que o magistrado rejeite a ação penal proposta, por ausência de justa causa para a persecução penal⁴⁸⁹, dentro dos limites de sua atuação jurisdicional.

Assim, o controle jurisdicional sobre o acordo de não persecução penal e a vontade do Ministério Público pode ser assim compreendida: (i) para os casos em que o ANPP seja proposto, o Poder Judiciário pode decidir pela sua homologação ou pela sua recusa, realizando tanto o controle de legalidade, quanto o controle sobre a suficiência e adequação das condições dispostas do ponto de vista da pertinência legal, nos termos dos §§5º, 7º e 8º do artigo 28-A; e (ii) para os casos em que o ANPP não seja proposto, tanto a parte poderá provocar o Poder Judiciário para determinar a remessa para o órgão superior do MP para que sobrevenha manifestação devidamente fundamentada sobre a opção ministerial pelo oferecimento ou não

⁴⁸⁸ De modo semelhante, em estudo sobre a transação penal: LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 171.

⁴⁸⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 825.

do instituto (art. 28-A, §14, CPP), quanto o juiz, de ofício, poderá fazê-lo, sendo a última palavra a da própria instituição (por aplicação analógica do art. 28, CPP e da Súmula 696/STF).

3.3. O papel da defesa enquanto mecanismo de controle à vontade do Ministério Público no acordo de não persecução penal

O investigado é o elemento central do mecanismo negocial em estudo. Todo o sistema é desenvolvido a partir da sua importância. Se presentes os pressupostos e requisitos, o Estado apresenta seu interesse em abrir mão da obrigatoriedade da ação penal, desde que ele concorde em confessar “formal e circunstancialmente” a prática delitiva, oferecendo-lhe como benefícios: não responder a processo penal que pode ser longo e resultar em condenação criminal; evitar a cominação de eventual pena privativa de liberdade; a não produção de efeitos da sentença penal condenatória (reincidência, certidão de antecedentes criminais); a redução de pena (inciso III); e a extinção da punibilidade após o cumprimento do acordo⁴⁹⁰.

A criação de mecanismos que evitem ao máximo violações de direitos do investigado que decida pela alternativa ao processo penal é a preocupação maior da justiça criminal negocial. Não obstante, como já reiterado, é insustentável a ideia de que o acusador se utilize de ampla discricionariedade para decidir a respeito da propositura do acordo de não persecução penal, tanto por violação à necessidade de submissão à legalidade, quanto pelas possíveis brechas para arbitrariedades em tratamentos desiguais a acusados.

Assim, como visto, a preocupação da justiça criminal negocial para reduzir as possibilidades de abusos se pauta por critérios objetivos previstos na lei, para além de normativos internos ao órgão acusatório, com orientações estabelecidas pelos órgãos superiores do Ministério Público, a fim de uniformizar a atuação de seus membros. Ainda, reitera-se que o dever de motivação da decisão ministerial pela propositura ou não do acordo de não persecução penal é primordial como mecanismo de limitação à discricionariedade do acusador.

Com efeito, demonstrou-se que a atuação do Ministério Público no acordo de não persecução penal pode ser controlada tanto submetendo a questão ao controle interno ao órgão acusatório, quanto via controle judicial, respeitados os limites do âmbito de atuação do julgador em um sistema acusatório. Isso porque o acordo de não persecução penal é legítima opção de

⁴⁹⁰ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 228.

política criminal, e tem como pressuposto a decisão política e devidamente fundamentada de que, em determinados casos, atendidos os requisitos legais, não se deflagrará a ação penal.

Diante disso, é preciso apresentar as possibilidades de controle à discricionariedade do Ministério Público no acordo de não persecução penal também através da atuação defensiva, como forma de coibir violações e reduzir ao máximo as possibilidades de arbitrariedades. Isto é, o acompanhamento de advogado em todos os momentos da negociação, homologação e execução do acordo de não persecução penal é imprescindível para resguardar as garantias do imputado, bem como para a regularidade como um todo do procedimento.

A principal razão de ser da presença de defesa técnica em todo o procedimento que envolve o acordo de não persecução penal é auxiliar na proteção dos direitos fundamentais do imputado⁴⁹¹, resguardando que a decisão pelo acordo seja suficiente e adequadamente informada de todo o panorama acusatório, ciente das vantagens e desvantagens do acordo, a fim de resguardar a voluntariedade e o devido esclarecimento para a realização do negócio jurídico.

Assim o prevê o §3º do artigo 28-A do CPP, de modo que a presença da defesa técnica se mostra tão fundamental quanto a do próprio investigado. É pressuposto de validade para minimamente assegurar-se da voluntariedade da opção do agente por essa estratégia defensiva⁴⁹², a quem incumbe empreender esforços para demonstrar ao seu cliente as razões pelas quais esta ou aquela estratégia se revelem melhores para o caso concreto, ponderando as vantagens e os inconvenientes do ANPP, os riscos de eventual processo, e decidir o que é mais recomendável⁴⁹³.

Para tanto, o conhecimento de todo o material investigativo de que dispõe o Ministério Público é fundamental para subsidiar o debate e sopesar os riscos de ambos os caminhos e definir qual é mais benéfico, a demonstrar a necessidade de transparência e boa-fé. Nesse sentido é o posicionamento enfático de André Mirza Maduro, em estudo sobre o direito de acesso aos autos durante as negociações do acordo de colaboração premiada como corolário do *fair trial*, inteiramente aplicável ao ANPP:

Com efeito, caso o colaborador conheça, antes do efetivo início das negociações, os elementos informativos que constam do mosaico persecutório, além da garantia de um certo equilíbrio das partes durante as tratativas consensuais, será possível, alfm, estabelecer a melhor forma de colaborar. Como se não bastasse, o dever de revelar todos os elementos informativos existentes, inclusive favoráveis à defesa, dificultará a ação desvirtuada de algumas autoridades persecutórias no sentido de

⁴⁹¹ SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. cit., p. 133.

⁴⁹² SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. cit., p. 105.

⁴⁹³ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 210.

pressionar/coagir o implicado em colaborar por intermédio de acusações sem base empírica idônea, que, por vezes, são fruto de sua “pura criação mental”.⁴⁹⁴

Assim, cabe ao advogado certificar-se de que as tratativas se realizem em ambiente de transparência e máximo equilíbrio, com amplo acesso a tal documentação, a fim de que avalie as opções de estratégias defensivas, e as possíveis consequências de cada uma delas junto ao seu cliente. Ainda, por óbvio, entende-se ser vedada realização de acordos que tenham por fundamento possíveis provas ilícitas⁴⁹⁵.

Com efeito, as relações entre advogado e cliente são regidas pelo Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de assegurar a defesa efetiva do investigado, cujo pressuposto maior deve ser a boa-fé e ética do defensor. Em caso de discordância entre o investigado e seu defensor, será necessária a substituição do defensor, tendo em vista que a sua concordância e a sua assinatura são indispensáveis para o acordo de não persecução penal. A negativa do imputado, contudo, deve prevalecer a eventual incentivo à realização do acordo⁴⁹⁶.

De modo ainda mais essencial, o advogado, informado de todos os elementos até então constantes dos autos, sem a oposição de sigilo a nenhum documento pelo órgão acusador, deve zelar para que as tratativas apenas ocorram em casos em que exista lastro probatório suficiente – a presença de justa causa –, a fim de coibir arbitrariedades na utilização de institutos consensuais em casos com notável fragilidade probatória⁴⁹⁷. Deve-se envidar esforços para que o acordo de não persecução penal não se torne um atalho investigativo, mas se consolide realmente como uma alternativa ao processo penal tradicional, de modo que a defesa técnica efetiva se revela também um importante mecanismo de controle da atuação ministerial no ANPP.

Nessa perspectiva, Ana Cristina Mendonça apresenta ponto pertinente ao comparar com a aplicação da transação penal nos Juizados Especiais Criminais, não raro com propostas de aplicação de pena sem qualquer suporte probatório justificável, apenas para justificar o não-

⁴⁹⁴ MADURO, André Mirza. *Direito de acesso aos autos como requisito informativo durante as negociações de colaboração premiada: uma análise à luz do processo justo (fair trial)*. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) – Escola de Direito de Brasília (EDB), Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília, 2020, p. 106.

⁴⁹⁵ MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 370.

⁴⁹⁶ “A proposta deverá ser aceita pelo autor do fato e por seu defensor, mas, em caso de divergência, deverá prevalecer a posição do investigado, pois será ele quem terá que cumprir ou não as condições aceitas. Por outro lado, se o defensor aconselhar o investigado a aceitar o acordo, mas este não quiser celebrá-lo, o representante do Ministério Público não deverá formalizar o acordo.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 195).

⁴⁹⁷ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. cit., p. 137.

processo, em verdadeiro contrato de adesão⁴⁹⁸. A atuação da defesa no âmbito do acordo de não persecução penal deve zelar para que o instituto não tenha o mesmo destino da transação penal, em prestígio aos seus requisitos legais e ao pressuposto negocial a ele inerente.

Uma vez decidido que a justiça criminal negociada é o melhor caminho, ao defensor incumbirá apresentar ao cliente a exata dimensão do que está em jogo, quais os ônus e efeitos daquela decisão, zelando para que as condições pactuadas sejam possíveis de cumprimento, dentro das possibilidades individualmente consideradas. Deve informar ao seu cliente das consequências do eventual não cumprimento das condições estabelecidas, quando o Ministério Público poderá oferecer denúncia e prosseguir com a persecução penal. Ainda, o imputado deve ter a plena consciência de que, ao optar pelo ANPP, estará abrindo mão do pleno exercício das garantias constitucionais inerentes ao processo penal tradicional⁴⁹⁹.

Este é o consentimento informado que irá subsidiar a voluntariedade e autonomia do investigado em concordar com a via negociada e abrir mão da ampla vigência das garantias constitucionais⁵⁰⁰, conferindo lisura e regularidade às tratativas, com a participação efetiva de ambas as partes em todo o procedimento. Afinal, é exatamente a convergência de desígnios entre acusação e defesa que possibilita o pronunciamento judicial que determinará o desfecho do procedimento⁵⁰¹, com a homologação da avença e posterior decretação da extinção da punibilidade após o seu cumprimento, nos termos dos §§6º e 13, do artigo 28-A.

Todas as possibilidades de estratégias defensivas⁵⁰² devem ser expostas ao imputado, apresentando-lhe os indícios de prova já coletados e as perspectivas de sucesso no enfrentamento do processo penal, com a exposição também dos riscos e efeitos decorrentes de eventual condenação. Ainda, o imputado tem o direito de participar de todas as tratativas entre seu advogado e o órgão acusador, de modo que não são recomendáveis encontros em que ele não tenha, no mínimo, o conhecimento prévio de sua realização, para que possa apresentar suas impressões e influir como entenda pertinente⁵⁰³.

⁴⁹⁸ MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 375.

⁴⁹⁹ Idem, p. 370.

⁵⁰⁰ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. cit., p. 184.

⁵⁰¹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 23.

⁵⁰² Concordando com Vinícius Vasconcellos, os institutos da justiça criminal negocial não são meios de defesa, mas sim estratégias de defesa, vez que não representam a tradicional posição de resistência do imputado à acusação. (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p.187-188).

⁵⁰³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 105.

Para além do dever de expor ao imputado todas as e estratégias defensivas que podem ser utilizadas no caso em concreto, e de sopesar os benefícios e consequências jurídicas e de ordem pessoal de cada uma delas, incumbe à defesa também zelar para que as tratativas aconteçam em um ambiente com o máximo de equilíbrio de forças com o órgão acusador. Embora naturalmente o Ministério Público já se estabeleça em posição negocial superior ao imputado enquanto ente estatal e por dispor de elementos suficientes para a propositura da ação penal, é responsabilidade também da defesa empreender esforços para reduzir essa disparidade, e assegurar que as negociações aconteçam em ambiente que favoreça a percepção e efetividade da horizontalidade entre as partes, a fim de realmente possibilitar que negociações sejam empreendidas⁵⁰⁴, afastando a possível prática de “contratos de adesão”, padronizados, sem qualquer correlação com as circunstâncias de cada caso em concreto.

Para tanto, considera-se ser mais adequado e fomentador do debate que as tratativas ocorram em local diverso das salas de audiência, sem óbices de que ocorram nas dependências físicas do Ministério Público. Assim o prevê a própria Orientação Conjunta 03/2018 do MPF, no ponto 4⁵⁰⁵. Embora a presença física seja mais relevante para melhor percepção e demonstração de gestos e expressões corporais que possam auxiliar de algum modo nas estratégias defensivas, não há óbices de que as negociações ocorram por meio de videoconferência⁵⁰⁶, embora compreenda-se pela sua ocorrência em caráter excepcional, apenas quando fundadas razões impeçam o encontro pessoal.

Entende-se que discussões travadas nos ambientes do Poder Judiciário podem ensejar pressões indevidas, de modo que a possibilidade de que se utilize o momento da audiência de custódia para o oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal⁵⁰⁷, revela-se

⁵⁰⁴ BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 115.

⁵⁰⁵ “4. O membro oficiante determinará a notificação do investigado para comparecer na sede do MPF em dia e horário fixados, caso tenha interesse no acordo de não persecução penal, constando expressamente da notificação que o acordo pressupõe a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal, bem como a necessidade de o investigado se fazer acompanhar por advogado ou defensor público.”. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 08.04.2021.

⁵⁰⁶ “10. A negociação poderá ser realizada por meio de videoconferência, especialmente quando o investigado ou o defensor residir fora da sede do Ministério Público Federal.”. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 08.04.2021.

⁵⁰⁷ MPF - Orientação Conjunta nº. 03/2018 – “5.3 Poderá ser utilizada a audiência de custódia para oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal, uma vez que esse ato sempre deverá contar com a participação de advogado, constituído ou nomeado pelo juízo. Nesse caso, o membro do MPF tomará as cautelas de praxe, especialmente quanto aos antecedentes, e poderá requerer seja oficiado à Polícia Federal sobre o acordo e a necessidade da remessa dos autos do inquérito policial ao MPF.” (Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 11.06.2020)

incompatível com os pressupostos do instituto⁵⁰⁸ enquanto negócio jurídico bilateral, por nitidamente reduzir o poder negocial da defesa, redundando na possibilidade de obter-se um consentimento viciado, para além do curto espaço de tempo para refletir junto ao advogado que entenda conveniente sobre o acordo, conforme já defendido em tópicos anteriores.

Incumbe ao defensor técnico que, previamente, estipule com o cliente os limites da avença, a fim de verificar pontos sensíveis e condições indispensáveis que podem ser negociadas⁵⁰⁹, momento em que a atuação defensiva também funcionará como um importante mecanismo de controle que assegurará a legalidade e regularidade da tratativa. Nesse contexto, o advogado deverá tentar assegurar que o acordo abarque todas as possíveis consequências em outros âmbitos para além da esfera penal – cível, administrativa, tributária –, considerando os efeitos da celebração do acordo.

Especificamente sobre as condições que deverão ser cumpridas pelo imputado, a defesa zelará para que não sejam mais gravosas do que as penas que lhe seriam impostas em caso de condenação, seu conteúdo deve estar expresso e devidamente especificado, devem ser guardar pertinência legal⁵¹⁰, e serem possíveis de cumprimento pelo imputado, dentro de sua realidade concreta.

Assim, se o acordo versar sobre a reparação do dano ou restituição da coisa (inciso I), a defesa deve garantir que o acordo implique em renúncia da vítima ao ajuizamento de eventual ação cível de reparação. Ao advogado incumbe também zelar pelos limites da razoabilidade e proporcionalidade na renúncia de bens e direitos (inciso II), certificando-se de que não se renuncie a bens lícitos, nem a direitos – como cargos ou funções – que impliquem em prejuízos que impeçam o seu sustento⁵¹¹.

Quanto à definição de prestação de serviços à comunidade (inciso III), estes não poderão ser atentatórios à dignidade do imputado, e devem ser compatíveis com suas atividades laborativas, atendendo aos limites da razoabilidade e da proporcionalidade. No mesmo sentido,

⁵⁰⁸ MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 370; BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 76.

⁵⁰⁹ Nesse sentido, em estudo sobre a colaboração premiada: PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2016, p. 132.

⁵¹⁰ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 297.

⁵¹¹ MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 371.

a condição prevista no inciso IV, a respeito do pagamento de prestação pecuniária, deve guardar compatibilidade com as posses do imputado e proporcionalidade com o delito em questão. Ainda mais cuidado requer a definição da condição prevista no inciso V, por constituir cláusula genérica que também deve se ater aos limites da legalidade e da proporcionalidade, para que não se estipule condições indignas ao imputado⁵¹². Por fim, a defesa técnica deve identificar eventual cumulação de condições similares, a fim de evitar a ocorrência de *bis in idem*⁵¹³.

A importância da efetiva atuação da defesa técnica no âmbito do ANPP se revela ainda na possibilidade de provocar o Poder Judiciário diante da negativa ilegítima ou injustificada do órgão ministerial em propor o acordo quando presentes os requisitos legais, requerendo ao magistrado a remessa do órgão superior do Ministério Público para definir a questão diante das fundamentadas razões apresentadas pelo advogado, nos termos do §14 do artigo 28-A, já analisado nos tópicos anteriores, com a possibilidade de impetração de *habeas corpus*⁵¹⁴ caso a providência não seja acatada pelo julgador.

Igualmente relevante que o advogado busque a celebração de termo de confidencialidade com o órgão acusador, a fim de resguardar os interesses do imputado caso as negociações não tenham sucesso, para além de assegurar que a sua confissão e todos os documentos atinentes ao ANPP sejam extirpados dos autos em caso de rescisão do acordo ou de insucesso nas tratativas⁵¹⁵.

Caso o órgão acusador empreenda qualquer conduta abusiva – como a intimidação do imputado para a celebração do acordo com uso de meios enganosos, a recusa imotivada e ilegítima à propositura do ANPP, a imposição de cláusulas desproporcionais e ilegais, a indevida utilização de informações fornecidas durante as tratativas, dentre outros – incumbirá à defesa que informe os órgãos competentes, incluindo-se os órgãos correccionais, para que tomem as providências cabíveis⁵¹⁶.

Ainda, imprescindível a atuação da defesa também na hipótese em que o juiz se negue a homologar o acordo, mesmo presentes seus pressupostos e requisitos legais, quando o

⁵¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. cit., p. 193.

⁵¹³ MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 371.

⁵¹⁴ RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias., cit., p. 1570.

⁵¹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. cit., p. 257.

⁵¹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; SOUSA, Matheus Herren Falivene de. Código de ética da advocacia na justiça criminal negocial: proposta de regras deontológicas para integridade defensiva na colaboração premiada, In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 303, pp. 13-15, fev. 2018.

advogado poderá impetrar mandado de segurança contra ato jurisdicional, ou *habeas corpus*⁵¹⁷, para além da possibilidade de interposição de recurso em sentido estrito⁵¹⁸, autorizado no artigo 581, inciso XXV, do Código de Processo Penal.

Após a homologação do acordo, a defesa técnica tem participação igualmente relevante para acompanhar o cumprimento das condições perante o juízo de execução (conforme §6º, do artigo 28-A, CPP) e assegurar a obtenção da extinção de punibilidade ao final (§13). Caso sejam descumpridas as condições, a defesa deve requerer em juízo o exercício do contraditório, para justificar e esclarecer as razões do alegado descumprimento e tentar repactuar a avença quando possível, antes da decisão sobre eventual rescisão do pacto⁵¹⁹.

Nada obstante, deve-se registrar que a mera presença da defesa técnica, por si só, não assegura a regularidade do procedimento, a voluntariedade do imputado em aceitar a solução pela via negociada e a igualdade de condições para a celebração do acordo. Ao revés, este é ponto de críticas fundamentadas⁵²⁰, e que traz especial preocupação em se tratando de agentes de menor poder aquisitivo, mais vulneráveis a eventuais arbítrios. São os reflexos da desigualdade socioeconômica em nosso país trazidas para o processo penal⁵²¹, em que pessoas menos favorecidas dos mais diversos rincões do país nem sempre podem contar com o inerente alto nível de comprometimento com as causas por parte da Defensoria Pública, e acabam se aconselhando com (maus) profissionais que atuam movidos por interesses outros que não a melhor solução para o cliente, em verdadeiro exercício de má-fé.

Nas palavras de Rosimeire Leite, a paridade de condições para celebrar o acordo apenas é viabilizada pela efetiva defesa técnica, traduzida em seu papel de orientação ampla, aliado, de modo supletivo, ao dever de o Poder Judiciário prestar as informações necessárias, e verificar se o imputado está sendo bem assistido, vez que “é inegável que um advogado mais habilidoso

⁵¹⁷ No mesmo sentido, embora versando sobre os mecanismos consensuais da Lei nº. 9.099/95: GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F.. *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. cit., p. 172-173.

⁵¹⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 825.

⁵¹⁹ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 299. Nesse sentido foi o quanto decidido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça recentemente: “3. Muito embora seja possível a rescisão do acordo de não persecução penal (§10 do art. 28-A do CPP), necessário, para preservação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, oportunizar à defesa a manifestação acerca do pedido formulado pelo Ministério Público. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade da decisão que rescindiu o acordo de não persecução penal, devendo outra ser proferida, intimando-se, previamente, a defesa do paciente, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.” (HC 615.384/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 11/02/2021)

⁵²⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. cit., p. 104.

⁵²¹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 211.

pode dar orientações melhores ao seu cliente e talvez dissuadi-lo de fazer o acordo porque há estratégia defensiva mais eficiente”⁵²².

Seja pela ambição em rapidamente receber honorários advocatícios, com redução de carga de trabalho, seja pelos riscos inerentes ao processo penal que facilitam a pressão pela aceitação do acordo, o acompanhamento por advogado deve ser analisado de forma crítica, pois a sua mera presença não significa que a decisão do investigado foi voluntária e informada, garantindo a legalidade do acordo de não persecução penal. Em estudo sobre a barganha, Vinícius Vasconcellos assim sintetizou a questão, em preocupação aplicável ao ANPP:

Em um panorama assim descrito, o advogado se afasta de sua posição precípua, ao passo que sua função primordial torna-se o dever de prever o resultado final de eventual julgamento com a comunicação ao cliente de suas chances de absolvição, o que se calcula sob a sombra das ilegítimas pressões exercidas por ameaças de sancionamento mais severo em caso de não reconhecimento da culpabilidade. Portanto, caracteriza-se uma “relação esquizofrênica”, em que o advogado parte de uma presunção de culpabilidade inicial, que geralmente acarreta a indicação de sugestão no sentido de aceite à barganha, para, em caso de recusa, adotar posição defensiva que evidentemente não responde adequadamente ao mínimo de confiança necessária à relação entre cliente e advogado.⁵²³

Inegável, contudo, que a presença de defesa técnica é impositiva e irrenunciável, o que reafirma a indispensabilidade constitucional do advogado para a administração da Justiça, dos interesses fundamentais dos imputados, e da própria sociedade⁵²⁴. Ainda que o investigado expressamente manifeste sua vontade em confessar a prática delitiva em troca do não enfrentamento ao processo penal tradicional, não é permitido que se realize negociações ou a formalização do acordo sem a presença de advogado. Assim o prevê a Orientação Conjunta 03/2018 do MPF, nas previsões constantes dos pontos 4 e 5.1⁵²⁵.

Nessa perspectiva, valiosa a lição de José Frederico Marques, em que afirma: “o direito de defesa, em sua significação mais ampla, está latente em todos os preceitos emanados do Estado, como *substractum* da ordem legal, por ser o fundamento primário da segurança jurídica

⁵²² Idem.

⁵²³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. cit., p. 181.

⁵²⁴ SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. cit., p. 132.

⁵²⁵ “4. O membro oficiante determinará a notificação do investigado para comparecer na sede do MPF em dia e horário fixados, caso tenha interesse no acordo de não persecução penal, constando expressamente da notificação que o acordo pressupõe a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal, bem como a necessidade de o investigado se fazer acompanhar por advogado ou defensor público.” e “5.1. Não havendo atendimento da Defensoria Pública da União na localidade, o membro poderá gestionar para estabelecer parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil, núcleos de prática jurídica de Universidades locais ou Defensorias Públicas estaduais.” Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>, acesso em 08.04.2021.

na vida social organizada... É essencial à defesa plena que não se rebaixe o indiciado à condição inferior de simples material de investigações”⁵²⁶.

Assim, verifica-se que a defesa técnica efetiva exerce importante mecanismo de controle no âmbito do ANPP traduzido, precipuamente, na garantia da observância aos direitos fundamentais do imputado, ao zelar pela presença dos requisitos legais e pressupostos para a avença, recorrendo aos meios jurídicos cabíveis em caso de ilegalidades, seja diante da não propositura do acordo, seja no curso do procedimento como um todo.

Apenas através do efetivo exercício de seu papel de orientação ampla é que a defesa técnica poderá assegurar que o imputado, conscientemente informado, exerça, legitimamente, a autonomia da vontade para concordar com limitações a direitos e garantias, em troca de tratamento sancionatório mais favorável⁵²⁷ e da não propositura da ação penal. Por conseguinte, é apenas através da combativa atuação defensiva que se poderá cogitar da paridade de condições para as negociações, certificando-se de que as cláusulas e condições guardem pertinência legal, razoabilidade e proporcionalidade com a realidade do imputado e do caso em concreto.

⁵²⁶ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 301.

⁵²⁷ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 211.

CONCLUSÕES

A partir dos fundamentos expostos ao longo do presente estudo, especialmente a respeito da expansão dos mecanismos de justiça negociada através da inserção do acordo de não persecução penal, mais recentemente inserido no Código de Processo Penal, e dos riscos da relativização de direitos e garantias constitucionais do acusado em sua aplicação, em especial a partir da análise da atuação do Ministério Público, há que se retomar os problemas que nortearam o seu desenvolvimento: (i) qual a natureza jurídica do acordo de não persecução penal?; (ii) o acordo de não persecução penal é direito subjetivo do investigado?; (iii) como conformar a aplicação do mecanismo consensual aos ditames constitucionais?; (iv) quais os limites à atuação do Ministério Público na aplicação do ANPP?; (v) quais os mecanismos de controle à atuação ministerial?

Embora se repudie a expansão da justiça criminal negocial no processo penal democrático, justamente pelas relativizações a garantias fundamentais – notadamente a partir do rompimento da lógica do processo penal tradicional, que pressupõe uma série de procedimentos que constituem o devido processo legal, informados pela presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, o direito a não autoincriminação e ao ônus probatório inerente ao órgão acusador –, e do deslocamento do eixo decisório para o Ministério Público, o estudo foi desenvolvido de modo a empreender meios para a compatibilização do acordo de não persecução penal com a base principiológica que informa o processo penal brasileiro.

O cenário de expansão da justiça criminal negociada no Brasil, traduzida pela formal inserção do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal que abrange um extenso rol de tipos penais, exigirá novas posturas de todos os atores envolvidos no Sistema de Justiça. Tanto por parte do órgão acusatório, quanto da defesa, e dos magistrados. A mudança de paradigmas é necessária para que, em vez de meramente apontar as aporias do instituto e tentar apenas negar-lhe a vigência, se estabeleçam soluções para conciliar os modelos negociais às garantias constitucionais que informam o processo penal brasileiro.

Assim, sinteticamente:

(i) O acordo de não persecução penal tem natureza jurídica de *negócio jurídico processual* que encerra um *poder-dever* do órgão ministerial em oferecer o acordo quando presentes os requisitos legais, de modo que o órgão estatal deve valer-se do princípio da oportunidade legalmente regulada para a decisão pela adoção do acordo como alternativa ao processo penal, a qual deverá ser sempre fundamentada nas bases legais, e atinente ao caso em

concreto, a fim de evitar ao máximo a possibilidade de arbitrariedades no tratamento desigual entre os imputados.

(ii) Não há que se falar em direito subjetivo do imputado ao acordo de não persecução penal. Demonstrada a presença dos elementos para a aplicação do instituto, consolida-se o *poder-dever* do órgão acusador em oferecer ao imputado a opção pela solução alternativa ao processo penal, de modo que se constitui o *direito subjetivo à fundamentação* da decisão ministerial, e não à realização do acordo. Em caso de negativa pelo órgão acusatório em oferecer o ANPP, seja a pedido da defesa, ou de ofício pelo magistrado, será possível a remessa ao órgão superior do Ministério Público, cuja manifestação vinculará o Poder Judiciário.

O instituto veicula importante política criminal despenalizadora que possibilita a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao passo que confere amplo poder de disposição ao órgão acusatório, o qual deve ser devidamente delimitado para reduzir ao máximo as possibilidades de usos indevidos e violação de direitos mediante tratamentos não isonômicos.

(iii) Para se conformar a aplicação do acordo de não persecução penal à base principiológica que sustenta o processo penal brasileiro, apenas se revela possível se a atuação ministerial for devidamente fundamentada e embasada em critérios legalmente previstos, de modo a permitir a eventual incidência de mecanismos de controle para evitar-se violações de direitos e atuações anti-isonômicas. Há que se desenvolver normativos que regulamentem de modo mais específico o ANPP, aliado a regramentos internos que limitem e permitam o controle à vontade do órgão ministerial, cuja realização também é possível a partir da atuação efetiva da defesa técnica, e do profícuo controle jurisdicional das avenças.

(iv) A vontade do órgão acusador no âmbito do ANPP deve ser vinculada aos critérios legais que regem o instituto, exigindo-se a devida fundamentação da decisão ministerial, seja pelo oferecimento ou não do acordo, vez que é inadmissível em um processo penal democrático cogitar-se da ampla e irrestrita discricionariedade de sua atuação, o que implicaria em riscos de subjetivismos. A aplicação do instituto deve se restringir às limitações legais de sua incidência, em atenção preponderante à existência de elementos indiciários que já permitiriam o oferecimento de denúncia em juízo, para que o ANPP não se consolide como um atalho investigativo, mas sim como verdadeira alternativa aos casos em que o processo penal seria inafastável.

(v) Diante de eventuais irregularidades na aplicação do mecanismo, há providências legais pertinentes à disposição da defesa, nada obstante também se entenda necessário o

fortalecimento e aprimoramento dos mecanismos de controle à vontade do órgão ministerial, como meios possíveis de evitar a ocorrência de tais aporias.

Com efeito, apenas mediante a atuação efetiva de todos os atores envolvidos no ANPP é que será possível cogitar de sua aplicação com minoração dos danos decorrentes da relativização dos direitos em jogo. É a efetiva atuação do Ministério Público, da defesa, e do Poder Judiciário, sempre vinculada aos critérios legais, que funcionará como verdadeiros mecanismos de controle às eventuais irregularidades, tendo como norte sempre a salvaguarda dos direitos constitucionais dos acusados em processo penal, cuja razão de ser, precipuamente, é a limitação do poder punitivo estatal.

(v.i) A adoção e o manuseio do acordo de não persecução penal devem ser pautados por critérios legais e orientações fixadas em normativos internos, a fim de uniformizar a atuação do principal ente estatal envolvido para a celebração da avença, o Ministério Público, para além das previsões legais que devem ser mais específicas, levando-se em consideração dificuldades já experimentadas pela prática do próprio ANPP e de outros institutos da justiça criminal negocial. Pensa-se que também devem ser inseridas possíveis sanções administrativas em caso de seu descumprimento.

Entende-se necessário o aprimoramento das orientações internas para a atuação ministerial a respeito: do dever de observância aos critérios legais para a incidência do mecanismo, de modo especial quanto à real presença de elementos que já permitiram o oferecimento da denúncia em juízo; do dever de fundamentação da decisão ministerial sobre o cabimento ou não do acordo; do dever de transparência e boa-fé nas tratativas; do dever de se estabelecer as tratativas em cenários que favoreçam as condições de igualdade para a negociação; do dever de não realizar-se o acordo mediante contratos de adesão descolados da realidade concreta de cada caso; da impossibilidade de realização do acordo de não persecução penal durante as audiências de custódia; da impossibilidade de utilização da confissão em caso de rescisão do ANPP; da impossibilidade de compartilhamento da confissão para outros casos criminais ou de outras esferas de apuração; da possibilidade de aplicação do ANPP também a ações penais em curso quando da inserção do mecanismo no Código de Processo Penal, limitado ao trânsito em julgado da sentença condenatória; da possibilidade de incidência da lógica da detração da pena em caso de rescisão do pacto e posterior condenação; dentre outros temas que ainda serão enfrentados pela atuação prática diária, sempre em atenção às garantias constitucionais regentes do processo penal.

(v.ii) O Poder Judiciário, por conseguinte, também tem meios para estabelecer-se como mecanismo de controle à vontade do Ministério Público. Entende-se que o julgador exercerá

importante papel de garantidor dos direitos fundamentais do acusado e da legalidade de todo o procedimento do ANPP, tanto para os casos em que o Ministério Público prossiga às tratativas junto ao imputado – quando deverá exercer efetiva atividade jurisdicional fiscalizatória sobre a presença dos requisitos legais e sobre a legalidade das condições pactuadas –, quanto para os casos em que entenda o órgão acusatório pelo não cabimento da avença. Nessa última hipótese, defende-se que, se o magistrado discordar da conclusão ministerial poderá, então, submeter a questão ao órgão superior do Ministério Público, na forma do § 14 do artigo 28-A e por aplicação analógica do artigo 28, ambos do CPP, ainda que o imputado permaneça inerte.

(v. iii) A efetiva participação da defesa técnica, por sua vez, também funcionará como importante mecanismo de controle no âmbito do acordo de não persecução penal. Isso porque incumbirá ao advogado, munido de boa-fé e real compromisso na defesa dos interesses do imputado que representa, amplamente orientar seu cliente, com exposição clara e transparente sobre os elementos de que dispõe o Ministério Público, avaliando riscos e benefícios das diversas estratégias defensivas existentes. Apenas mediante o consentimento informado do imputado é que se poderá defender a voluntariedade de sua decisão pelo acordo junto ao Ministério Público, em clara consciência de que estará abrindo mão, ao menos em parte, da plenitude de vigência dos direitos e garantias processuais inerentes ao processo penal tradicional, que sempre estará à sua disposição em caso de insucesso nas tratativas. À defesa incumbe também zelar para que as tratativas ocorram em ambiente de igualdade de condições para a negociação, sem qualquer coação por quem quer que seja.

Trata-se, assim, de verificar se é tolerável que o imputado concorde com tais relativizações de garantias fundamentais em troca de tratamento sancionatório mais favorável, ou se apenas lhe é possível enfrentar a persecução penal tradicional, quando terá meios para plenamente exercer tais direitos. O instrumento em estudo demonstra, assim, o prestígio à autonomia da vontade do imputado, assistido pela defesa técnica, mediante a admissibilidade da renúncia ao pleno exercício de seus direitos fundamentais em troca do não oferecimento de denúncia, da negociação de condições a serem cumpridas bastante similares às penas criminais não privativas de liberdade, com significativa redução, e sem que padeça dos efeitos jurídicos de uma condenação criminal.

A introdução do ANPP enquanto política criminal não significa a solução de todos os problemas que importam na crise do Sistema de Justiça Criminal, mas poderá importar em uma considerável redução dos desumanos números de pessoas encarceradas, além da mudança na celeridade e enfrentamento dos invencíveis casos criminais, salvaguardando recursos humanos

e materiais para a análise de casos mais complexos que prescindem do processo penal tradicional.

Desse modo, entende-se pela compatibilidade constitucional do acordo de não persecução penal, embora seja inegável a relativização dos direitos e garantias do acusado em sua aplicação. Contudo, esse mecanismo de justiça criminal negocial apenas poderá se estabelecer validamente mediante a observância das balizas constitucionais do processo penal e das limitações legais pertinentes, a fim de reduzir ao máximo os prejuízos decorrentes da relativização de garantias tão caras ao processo penal vigente no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas – Uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca; MAGRIN, Júlia Ferrazzini. O pacote anticrime e seus reflexos sobre os acordos de não persecução penal não homologados sob a égide da Resolução nº. 181/2017 do CNMP. In Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 157- 169, 2020.

ANZILIERO, Dineia Largo. *Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil: entusiasmo e crise nos Juizados Especiais Criminais*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. 3. ed., Salvador: Editora JusPodivm, p. 291-348, 2020.

ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igora Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre*. São Paulo: IBCCRIM, 2000. 223 p. (Monografias, 13).

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 125-131, 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 77-116, 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de; FUZIGER, Rodrigo José. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 117-124, 2020.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

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

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP – versão ampliada e revisada). In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, p. 21-57, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 207-222, 2020.

CALLEGARI, André Luiz; LINHARES, Raul M. *Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 4, n. 7, p. 23-41, dez. 2019. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v4i7.102>

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos*. Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, jul./dez., 2002.

COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ Junior, Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 969, p. 149-159, jul. 2016.

COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, n. 1, p. 26-51, São Paulo, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019*: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DIETER, Maurício Stegmann. *Política Criminal Atuarial - A Criminologia do fim da história*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, p. 417-428, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.55>

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. Não cabe ANPP a ações penais instauradas antes da Lei nº 13.964/2019. 28 de setembro de 2020. Disponível em <https://temasjuridicospdf.com/nao-cabe-anpp-a-aco-es-penais-instauradas-antes-da-lei-n-13-964-2019/>>, acesso em 20.03.2021.

FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. Stanford, Calif., Stanford University Press, 2003.

FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 287-301, 2020.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó;

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, p. 349-361, 2020.

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

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, set./dez. 2015. <https://doi.org/10.14210/nej.v20n3.p1108-1134>

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marcel Bittencourt. Acordo de não-persecução penal e discricionariedade mitigada na ação penal pública. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Belém, v. 5, n. 2, p. 99 - 120, Jul/Dez. 2019. <https://doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-0065/2019.v5i2.6031>

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F.. *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5a ed.. São Paulo: RT, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*. A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004.

KERCHE, Fábio. Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*. vol. 50, nº. 2, 2007, p. 259-279. <https://doi.org/10.1590/s0011-52582007000200002>

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 5-20, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2021.

LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência garantista. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 99-128, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>, acesso em 12.11.2020.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal*. São Paulo: IBCCRim, 1997, 240 p. (Monografias, 3).

LOPEZ, Félix Garcia. Accountability e controle social da administração pública federal brasileira. In: Fabio de Sá e Silva; Felix Garcia Lopez; Roberto Rocha C. Pires. (Org.). *Estado, instituições e democracia: democracia*. 1 ed. Brasília: IPEA, 2010, v. 2, p. 185-210.

MADURO, André Mirza. *Direito de acesso aos autos como requisito informativo durante as negociações de colaboração premiada: uma análise à luz do processo justo (fair trial)*. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) – Escola de Direito de Brasília (EDB), Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília, 2020.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 51-75, 2020.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. Portal Consultor Jurídico, 07.02.2020, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniaio-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>>, acesso em 15.03.2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, RT 715/571, maio 1995. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>>, acesso em 10.01.2021.

MELO, João Ozorio de. *Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA*. Portal Consultor Jurídico, 15.01.2019, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>, acesso em 15.06.2020.

MENDES, Soraia da Rosa. Martínez, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. São Paulo: Atlas, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.374>

MENDES, Tiago B.; LUCCHESI, Guilherme B. *Lei Anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, p. 362-376, 2020.

MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 157-169, 2020.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 44, p. 27-54, 1998. <https://doi.org/10.1590/s0102-64451998000200003>

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa accountability. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 7, nº. 1, abr 2020, p. 181-195. <https://doi.org/10.19092/reed.v7i1.425>

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. ver. atual. – São Paulo: Atlas, 2012.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Claudio Langroiva; PARISE, Bruno Girade. Segurança e justiça: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório. *Revista Opinião Jurídica*, v. 19, n. 28, p. 115-135, 8 de maio de 2020. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n38a6>

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo. Acordo de não persecução penal: lei nº 13.964/2019. Brasília, 15 de janeiro de 2020. Disponível em <<https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>>, acesso em 20.03.2021.

REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (org.). *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 25-31.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p. 175-198, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.), *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança, e soberania em cooperação. In SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. São Paulo: Marcial Pons, p. 298-323, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. São Paulo: Marcial Pons, p. 240-261, 2013.

SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 273-286, 2020.

SILVA, Franklin Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência. In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 13.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. vol. 5, dez-maio, 2020, p. 213-231. <https://doi.org/10.46274/1809-192xricp2020v5p213-231>

SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016, p. 47-71.

SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. 1. ed., 1 reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

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

STEIN, Ana Carolina Filippon. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. *Acordo de não persecução penal*. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 27-49, 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, p. 111-133, 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 35-50, jul./dez. 2017. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3140442>

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. 1. ed. Brasília: Fundação Escola, 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José W.F. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, p. 286-303, 2017. <http://doi.org/10.5102/rbpp.v7i1.4585>

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed., 2. Reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28. p. 241-271. São Paulo: RT, abril 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015. <https://doi.org/10.12957/redp.2015.16880>

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Notas sobre a perene crise do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 18, n. 1, p. 118-149, jan.-abr. 2017. <https://doi.org/10.12957/redp.2017.27994>

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; SOUSA, Matheus Herren Falivene de. *Código de ética da advocacia na justiça criminal negocial*: proposta de regras deontológicas para integridade defensiva na colaboração premiada, In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 303, pp. 13-15, fev. 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº. 953, p. 261-279, mar. 2015.

ZACCONE, Orlando. O sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. *Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, ano 9, v.14, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.