

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

THAÍS VITÓRIA LOPES DOS SANTOS

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: LIBERDADE DE NEGOCIAR OU  
CERCEAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

UBERLÂNDIA - MG

2023

**THAÍS VITÓRIA LOPES DOS SANTOS**

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: LIBERDADE DE NEGOCIAR OU  
CERCEAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Projeto de pesquisa submetido à Faculdade de Direito como pré-requisito para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do prof. Karlos Alves Barbosa.

Orientador: Dr. Karlos Alves Barbosa

UBERLÂNDIA - MG

2023

## ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: LIBERDADE DE NEGOCIAR OU CERCEAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**RESUMO:** o presente artigo científico buscou demonstrar os institutos despenalizadores no Brasil, desde seu surgimento até as inspirações do *PleaBargain* norte-americano exercendo forte influência sobre o Acordo de Não Persecução Penal, o estudo aprofunda especificamente no acordo mencionado, desse modo discutindo as inconstitucionalidades na sua aplicação, entre elas as violações constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e o direito ao silêncio. A afronta aos princípios referidos, se estabelece diante da necessidade de confissão formal e circunstancial do acusado para a propositura do acordo. A discussão perpassa também pelo juízo de conveniência e oportunidade ofertado ao Ministério Público, do qual analisa os critérios subjetivos da necessidade e efetividade para a aplicação do acordo, desse modo confere poderes ao *parquet* inerentes ao magistrado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inconstitucionalidade. Acordo de Não Persecução Penal. Princípios Constitucionais. institutos despenalizadores.

*ABSTRACT: this scientific article sought to demonstrate the decriminalizing institutes in Brazil, from its emergence to the inspirations of the North American PleaBargain, exerting a strong influence on the Criminal Non-Prosecution Agreement, the study specifically delves into the aforementioned agreement, thus discussing the unconstitutionality in its application, including constitutional violations of due legal process, contradictory, broad defense, presumption of innocence and the right to silence. The affront to the aforementioned principles is established due to the need for a formal and circumstantial confession by the accused in order to propose the agreement. The discussion also permeates the judgment of convenience and opportunity offered to the Public Prosecutor's Office, which analyzes the subjective criteria of necessity and effectiveness for the application of the agreement, thus granting powers to the parquet inherent to the magistrate.*

*KEYWORDS: Unconstitutionality. Non-Criminal Prosecution Agreement. Constitutional principles. decriminalizing institutes.*

## SÚMARIO

1. INTRODUÇÃO -----	5
2. DA JUSTIÇA NEGOCIAL CRIMINAL -----	6
3. A CONCEPÇÃO HABERMASIANA DE CONSENSO -----	7
4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL -----	8
5. O <i>PLEA BARGAINING</i> E A INFLUÊNCIA DA JUSTIÇA PENAL AMERICANA NO CONTEXTO BRASILEIRO -----	9
6. FORMAS DE JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL -----	10
6.1 DA TRANSAÇÃO PENAL -----	10
6.2 DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO -----	11
7. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONCEITO, APLICAÇÕES E VEDAÇÕES -----	12
7.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	13
7.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO X DISCRICIONARIEDADE NO OFERECIMENTO DO ANPP -----	14
7.3 DA AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL -----	15
7.4 DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO -----	16
7.5 DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA -----	17
8. CONCLUSÃO -----	19
REFERÊNCIAS -----	22

## 1. INTRODUÇÃO.

O presente trabalho objetiva estabelecer uma relação de como o atual modelo de justiça criminal demonstra uma frustração social diante da própria finalidade para qual foi criada. O sistema quando aplicado denota graves problemáticas, entre elas as violações aos princípios e disposições constitucionais dos acusados, diante da ínfima eficácia da aplicação da pena como meio de ressocializar o indivíduo infrator, tendo em vista que os índices de criminalidade crescem exponencialmente.

Diante desse cenário, surgiram modelos de justiça penal consensual que tem como premissa desafogar o sistema de justiça brasileiro em busca de uma justiça mais participativa entre as partes do processo, autores e réus, com a finalidade de tornar a justiça mais célere e eficiente. A justiça penal consensual é uma transformação social no mundo moderno, de modo que a sociedade busca uma maior desburocratização, eficiência e redução de custos.

É notório que a forma de solução processual por meio do consenso vem tomando espaços cada vez mais no âmbito de aplicação da justiça penal, diante da transformação constante da sociedade juntamente com a percepção da mínima eficácia do sistema tradicional de aplicação do direito penal. A influência de outros países sobre novos meios de solução de conflitos também impulsiona a tendência a essa nova forma de resolução.

As motivações são diversas quando se pensa na justiça penal consensual, entre elas são as sobre cargas aos sistemas judiciários criminais, pela morosidade do processo penal tradicional e pela insatisfação pública com os resultados. Essas perspectivas que levaram a discussão da necessidade de revisão sobre o sistema penal e a encontrar meios alternativos e simplificados para resolução de conflitos penais.

A adoção desses meios alternativos consensuais, foi visto como meio para recuperar a confiança da sociedade na justiça penal. O sistema consensual é baseado na simplificação procedimental, na autonomia do indivíduo e no acordo de vontades. O que distância do modelo clássico de aplicação penal, baseado na obrigatoriedade da ação penal e do combate judicial.

O objeto da pesquisa é analisar as diversas questões que são debatidas doutrinariamente quanto à validade das aplicações desses institutos despenalizadores, em especial, a necessidade de confissão do acusado para assim ser proposto o acordo de não persecução penal, os questionamentos acerca da validade e da aplicação do acordo, de modo a observar as garantias

constitucionais aos acusados, tais como o devido processo legal, presunção de inocência, direito ao silêncio, ao contraditório e a ampla defesa e a real livre manifestação da vontade de acordar.

## 2. DA JUSTIÇA NEGOCIAL CRIMINAL

A justiça negociante traz uma aproximação conceitual que as partes de forma acordada chegam a um consenso, diante do fato ocorrido que provocou inquietações aos litigantes. A ideia do modelo negocial é afastar a justiça arbitrária que impõe a reprimenda condenando ou absolvendo o acusado, a proposta passa a dar as partes do processo a oportunidade de resolver o conflito eminente em questão propiciando resultados positivos aos acusados e a sociedade, atendendo assim os interesses de cada parte no processo.

A forma procedimental também destaca a justiça penal consensual, como um instrumento alternativo para resolução de conflitos criminais. Visa possibilitar que o conflito chegue ao Poder Judiciário, mas assim possibilitar, por meio do diálogo se concretizar o consenso, como uma rápida e econômica resolução de conflitos, evitando assim a exposição das partes ao desgaste e morosidade em que se caminha o processo penal tradicional.

É importante destacar a eficiência não somente entre as partes do processo, ou seja, autor e vítima, mas a sociedade como um todo se beneficia com o consenso no processo penal, tendo em vista que esses mecanismos promovem respostas e reparações mais rápidas, desafoga o sistema judiciário e conseqüentemente promove a satisfação social. A justiça penal negociada para Juarez Cirino dos Santos em "Justiça Penal Negociada e os Princípios do Processo Penal" (2015):

A justiça penal consensual é uma forma de resolução de conflitos que busca superar as limitações do sistema tradicional, promovendo a participação ativa das partes e valorizando a reparação dos danos causados pelo crime. Ao oferecer alternativas ao processo judicial formal, essa abordagem busca uma resposta mais eficiente, efetiva e justa aos casos criminais, incentivando a colaboração e a reconciliação entre as partes.

Como exposto, a justiça penal consensual baseia-se na premissa de que a colaboração entre as partes interessadas pode levar a soluções mais rápidas, eficientes e satisfatórias para todos os envolvidos. O objetivo é buscar uma justiça restaurativa, que prioriza a reparação dos danos causados e a reconciliação entre as partes, em vez de simplesmente punir o infrator.

### 3. A CONCEPÇÃO HABERMASIANA DE CONSENSO

O Filósofo Jurgen Habermas é o representante mais importante da escola de Frankfurt, e é conhecido pelo seu estudo persistente dos problemas da natureza da comunicação e da autoconsciência e do seu papel causal na ação social. Para ele é necessário um novo conceito de razão, a razão comunicativa, como forma de retomar o projeto emancipatório da humanidade.

“São as pessoas quando falam entre si, e não quando ouvem, lêem ou assistem os meios de comunicação de massas, as que realmente fazem que a opinião mude. (JURGEN HABERMAS, 2012).”

De acordo como Habermas, essa é uma posição perigosa em filosofia, pois poderia conduzir a uma crítica radical da modernidade e, em consequência, da razão, que levaria ao irracionalismo. Habermas propõe o entendimento da verdade não mais como uma adequação do pensamento à realidade, mas como fruto da ação comunicativa; não como verdade subjetiva, mas como verdade intersubjetiva (entre sujeitos diversos), que surge do diálogo entre os indivíduos. Nesse diálogo se aplicam algumas regras, como a não-contradição, a clareza de argumentação e a falta de constrangimentos de ordem social.

Razão e verdade deixam de ser, assim, conteúdos ou valores absolutos e passam a ser definidos consensualmente. E sua validade será tanto maior quanto melhores forem as condições nas quais se dê o diálogo, o que se consegue com o aperfeiçoamento da democracia. O pensamento de Habermas incorpora e desenvolve reflexões propostas pela filosofia da linguagem.

Nessa perspectiva o processo penal orientado pela comunicação nas bases da cooperação pode ajudar a compreender e a construir um consenso válido entre as partes frente a questão penal. É de se perceber que a comunicação por meio da linguagem permite o compartilhamento das relações e constrói o consenso e permite a simplificação da resposta jurisdicional.

A construção de ambiente em que as partes possam estabelecer suas comunicações é de suma importância, havendo a necessidade deste ambiente ser imparcial que tem por finalidade buscar a neutralidade diante do acordo discutido em audiências preliminares presididas com um juiz, que garantirá o respeito a duas condições estabelecidas na teoria do agir comunicativo que são de suma importância para a construção do consenso válido: igualdade das comunicações e ausência de coação.

Em que pese o promotor de justiça e o acusado deverá estar acompanhado de seu defensor, a fim de equiparar a simetria na comunicação. Para a concreta igualdade das comunicações deve-se haver pretensões de validade são elas a compreensibilidade, verdade, correção e sinceridade entre as partes. Um acordo pode ser inválido se não estabelecer os critérios mencionados. O primeiro deles a compreensão, ou seja, é necessário que o consenso seja pautado na linguagem clara e objetiva resguardando a compreensão integral das partes, o acordo deve ser verdadeiro, é vedado a articulações ou fraudações para que se alcance a finalidade particular de um dos envolvidos. Por sua vez, a correção normativa em que a comunicação intersubjetiva deve ser pautada ao texto normativo vigente, opera-se então a legalidade diante dos atos. E por fim, não menos importante, a sinceridade nas falas não devendo haver elementos de dissimulações tanto da acusação quanto da defesa.

#### **4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL**

Com amparo no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 9.099/1995 consagrou os Juizados Especiais que tem por finalidade a resolução de conflitos de forma consensual. Perante a quantidade expressiva de processos no Brasil e a desnecessidade do processo penal, tendo em vista sua morosidade, gastos públicos excessivos e efeitos deletérios em que a condução processual penal acarreta. Os juristas brasileiros se viram na necessidade de buscar algo eficiente e eficaz na resolução de crimes de menor potencial ofensivo na esfera penal, tais como os institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo em que se desviavam do rito comum ou especial.

Nos espaços do consenso pode haver a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública o que não afeta o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não sendo admitidos juízos de discricionariedade quanto a escolha do instrumento consensual, eis que é norteada pelo restrito cumprimento dos requisitos, em suma são negócios jurídicos procedimentais alternativos ao cárcere.

Surge então uma nova forma de conduzir o processo perante ao cometimento de delito, nos termos do art.62 da Lei nº 9099/95 são princípios norteadores nos crimes de menor potencial ofensivo: oralidade sendo os atos praticados de forma oral, ou seja, o predomínio da fala em virtude da escrita; informalidade os atos devem ser praticados de forma simplificada; economia processual visa a ter o maior resultado social com mínimo de esforço da jurisdição penal; celeridade busca a rapidez na resposta a sociedade. A comunhão dos princípios



mencionados gera a eficiência da prestação do Poder Público na forma consensual com aplicação de medidas substitutivas à prisão e focando na restituição de danos à vítima.

## **5. O PLEA BARGAINING E A INFLUÊNCIA DA JUSTIÇA PENAL AMERICANA NO CONTEXTO BRASILEIRO**

O *plea bargaining* surgiu nos Estados Unidos em meados dos séculos XIX, iniciou os ideais de acordos nas esferas criminais, as cidades viviam uma eclosão social, a expansão populacional em consoante a taxa de aumento da criminalidade trouxe vários desafios aos juristas então da época, em que se viam imersos na grande quantidade de delitos que aconteciam e a necessidade da solução desse problema. Perante a esse cenário criou-se a chamado *plea bargaining* sendo inspiração para a criação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil da Lei 13.964/19. O sistema funciona mediante acordos informais entre acusação e a defesa como forma de agilizar a solução dos casos criminais. De acordo com Rennison, C.M., & Dodge, M. (2019):

*O Plea bargaining é um processo pelo qual réus acusados criminalmente, geralmente em troca de uma confissão de culpa ou aceitação de acusações reduzidas, recebem benefícios processuais, como redução de pena, retirada de algumas acusações ou recomendação de uma sentença mais branda. O plea bargaining é uma prática amplamente utilizada nos sistemas de justiça criminal, com o objetivo de lidar com o grande volume de casos e alcançar uma resolução mais rápida dos processos.*

Em resumo, os requisitos para se ter a homologação do acordo são o réu voluntariamente sua declaração de culpa ou não oposição a acusação (*plea of guilty ou nolo contendere*) com ausência de coação e a necessidade de advertir o acusado quanto aos direitos constitucionais que podem estar renunciando frente a concordância de acordar, possibilidade de pena e imputações e por fim a necessidade de verdade fática (*factual basis*), quer seja o mínimo lastro probatório de autoria e materialidade.

O acordo de não persecução penal e o *plea bargaining* são dois mecanismos utilizados em sistemas de justiça criminal para buscar a resolução de casos de forma mais rápida e eficiente. Embora sejam conceitos distintos, ambos envolvem negociações entre a acusação e o réu, visando alcançar uma solução consensual.

O acordo de não persecução penal é um instituto previsto na legislação brasileira, mais especificamente na Lei nº 13.964/2019 (conhecida como Lei Anticrime). Ele permite que o Ministério Público, em determinados casos de menor gravidade, proponha ao investigado um

acordo em que este se comprometa a cumprir certas condições, como o pagamento de multa, reparação do dano ou a realização de serviços à comunidade. Em contrapartida, o Ministério Público suspende o processo criminal, sem oferecer denúncia.

Já o *plea bargaining* é um mecanismo amplamente utilizado nos sistemas de justiça de países como Estados Unidos, Canadá e Reino Unido. Nele, o réu tem a oportunidade de negociar um acordo com o Ministério Público, admitindo a culpa ou aceitando acusações reduzidas em troca de benefícios processuais, como a redução de pena ou a retirada de algumas acusações mais graves. Esse acordo precisa ser homologado pelo juiz para ter validade.

Embora compartilhem a ideia de buscar uma solução consensual, existem diferenças significativas entre os dois institutos. O acordo de não persecução penal brasileiro está mais restrito a casos de menor gravidade e não envolve uma admissão formal de culpa por parte do investigado. Além disso, o acordo de não persecução penal é uma etapa anterior ao oferecimento da denúncia, enquanto o *plea bargaining* ocorre após a apresentação formal das acusações.

Ambos os mecanismos são objeto de discussões e debates sobre seus impactos na justiça e na garantia dos direitos dos acusados. Enquanto alguns argumentam que eles podem agilizar o sistema e reduzir a sobrecarga judicial, outros levantam preocupações sobre a coerção e a desigualdade nas negociações, bem como a possibilidade de acordos injustos ou desproporcionais.

## **6. FORMAS DE JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL**

### **6.1 DA TRANSAÇÃO PENAL**

O instituto da transação penal está previsto no artigo 76 da lei 9.099/95 sendo um acordo celebrado entre o Ministério Público e o suposto autor da infração penal de menor potencial ofensivo, em audiência preliminar e acompanhamento de seu defensor, poderá aceitar o acordo proposto diante de medidas alternativas a prisão ou multa, evitando assim o processo penal. A natureza jurídica é o acordo de vontades, e não a obrigatoriedade que o suposto autor do fato confesse o crime que lhe é imputado ou reconheça a culpabilidade, de modo que a aceitação do acordo não presume culpa.

No contexto nacional a aplicação é permitida somente em crimes cuja a pena máxima não supere 2 (dois) anos de prisão conjuntamente com os requisitos do art. 76, 2º da lei 9.099/95:

§ 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.

Analisando a não incidência dessas hipóteses será marcada a audiência de conciliação deve ser realizada entre o Ministério Público ou querelante, acusado e seu defensor, de modo que o juiz presidindo a audiência assegurando os direitos das partes com a finalidade de manter a isonomia processual afastando eventuais imposições ao acusado e ilegalidades.

Neste momento pré-processual o acusado fica livre para aceitar ou não o acordo proposto, de modo que sendo aceito ficará sujeito ao acordado nas medidas restritivas de direitos ou multa mencionadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o seu cumprimento levará decretação da extinção da punibilidade. Entretanto, o seu descumprimento dará ensejo ao oferecimento da denúncia.

## **6.2 DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO**

O consenso penal pela suspensão condicional do processo é outra modalidade de resolução do conflito criminal de modo consensual. Sendo dispensável a admissibilidade da culpa, sendo proposto pelo Ministério Público com o oferecimento da denúncia ou anteriormente, há requisitos para que seja ofertado a suspensão condicional tais como: poderá somente ser proposta para crimes cuja a pena mínima seja igual ou inferior a 1 ano, conforme dito no art. 89 da Lei 9.099/95; bem como o acusado não responde a outro processo em curso; não tenha sido condenado por outro crime. Sendo aceito o acordo o réu será submetido as seguintes condições como medidas diversas do cárcere, tais como a do artigo 89, §1º da Lei 9.099/95:

§ 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 frequentar 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.

Além dessas condições o juiz pode arbitrar outras medidas que por esse entender pertinente ao acusado. Durante a suspensão condicional o processo poderá ficar suspenso por até 4 (quatro) anos e a sua prescrição também suspenderá.

O descumprimento injustificado das medidas determinadas ou o acusado vier a ser processado por outro delito, dará ensejo a revogação do benefício a instauração da ação penal. A revogação poderá ser facultativa se ao curso do cumprimento do o acusado vier a responder por alguma contravenção penal, os demais requisitos se não cumpridos serão revogados obrigatoriamente a suspensão condicional. Por outro lado, o cumprimento da medida refratária seguirá para extinção da punibilidade.

Nesse cenário é importante destacar a súmula 536 STJ: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”

A referida súmula afasta a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizados no âmbito da violência familiar e contra a mulher, por efeito a gravidade desses delitos, pois estabeleceu do ponto de vista político-social e normativo a sua não aplicação nesses casos.

## **7. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONCEITO, APLICAÇÕES E VEDAÇÕES.**

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi instituído no Brasil com a resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, posteriormente introduzido no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Surgiu sobre a perspectiva da justiça penal consensual para solução dos conflitos criminais no Brasil, alternativa depositada, diante das grandes demandas judiciais e excessiva morosidade dos processos no país. O acordo pode ser ofertado pelo Ministério Público, no momento anterior a ação penal, em que esse terá a discricionariedade em analisar a efetividade da aplicação do acordo, frente ao ato ilícito.

Além da discricionariedade, há elementos objetivos e subjetivos a serem preenchidos para a propositura do ANPP. Não sendo caso de arquivamento do processo, assim o Ministério Público poderá propor diretamente ao investigado o ANPP, perante aos requisitos objetivos de delitos com penas mínimas inferiores a 4 (quatro) anos, considerando causas de aumento e de diminuição da pena e concurso material e formal, continuação e tentativa.

Além do mais, o crime não for cometido com violência ou grave ameaça, o investigado deve confessar formalmente e circunstancialmente, ou seja, a confissão deverá ser escrita ou oral frente a autoridade competente e de forma detalhada os fatos que lhe são imputados e por fim o critério subjetivo da análise da necessidade e suficiência do acordo, perante a reprovação e prevenção do crime.

Nesse último critério, é conferido ao *parquet* o mencionado juízo de discricionariedade, momento em que é analisado os elementos da necessidade e suficiência do acordo, nas palavras do Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

O **critério da necessidade** das penas restritivas de direitos proposta tem função de **limite máximo**. Elas não devem ser importadas como castigo, proceder pode configurar crime de abuso de autoridade (art. 1º, § 1º, Lei nº 13.869/2019). Não havendo necessidade ou exigibilidade de qualquer resposta estatal, não é impossível concluir o descabimento de qualquer medida. (...) Outro limite é o critério da suficiência. A pena não pode servir ao deleite ao agente estatal. É a cristalização da proibição do excesso. (...) Os vetores que devem orientar a necessidade e suficiência das penas restritivas de direitos propostas são referentes às finalidades **repressiva e preventiva** do crime, ou seja, aos fins **retributivos (absolutos) e de precaução (relativos)**, que acreditam ser inerentes à aplicação das penas. (TÁVORA E ALENCAR, 2022, p.1254).

Desse modo, o Acordo de Não Persecução Penal demonstra seu afastamento do que poderia ser um direito subjetivo do acusado em poder realizar o negócio jurídico. Sendo o acusado submetido à pena restritiva de direitos pela análise do ministerial.

## **7.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.**

O ordenamento jurídico brasileiro, tem por premissa que toda e qualquer lei deve respeitar a Constituição Federal. A referida Carta Magna é uma espécie de aparato na construção e aplicação das leis no país. Infere-se como referência ao consagrado Hans Kelsen, um renomado jurista e teórico do direito, desenvolveu uma teoria conhecida como "pirâmide

normativa" ou "teoria pura do direito". Segundo Kelsen (2021, p.427), a pirâmide normativa é uma representação gráfica da hierarquia das normas jurídicas em uma ordem jurídica específica.

De acordo com Kelsen, a ordem jurídica é composta por várias normas que são organizadas em uma estrutura hierárquica, onde cada norma deriva sua validade da norma imediatamente superior. No topo da pirâmide normativa, encontra-se a norma fundamental ou "Grundnorm", que confere validade a todo o sistema jurídico.

As normas inferiores, por sua vez, são válidas na medida em que estão de acordo com as normas superiores. Essa estrutura hierárquica significa que uma norma inferior não pode entrar em conflito com uma norma superior, e qualquer norma que vá de encontro a uma norma superior é considerada inválida.

A pirâmide normativa de Kelsen busca de fornecer uma representação clara da estrutura hierárquica das normas jurídicas e estabelecer a base para a compreensão do sistema jurídico como um todo. Essa teoria influenciou significativamente o campo do direito e foi objeto de muitos debates e discussões desde a sua formulação por Kelsen no século XX.

Inferre-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro opera nos moldes da teoria criada pelo consagrado estudioso Kelsen, sobre a hierarquia das normas.

## **7.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO X DISCRICIONARIEDADE NO OFERECIMENTO DO ANPP.**

Como explanado no tópico anterior, as análises dos critérios da necessidade e suficiência, em que pese o juízo de discricionariedade do Ministério Público os referidos requisitos são duramente criticados por parte dos doutrinadores.

Como destaca Afrânio Silva Jardim (1998, p.54), sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal consagra sua defesa ao Estado Democrático. O *parquet* tem como atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ressalte-se que sua atividade deve ser respaldada na lei, diante da sua posição como órgão público, em que pese o princípio da legalidade, ou seja, a lei determina a obrigatoriedade da ação a fim de concretizar o exercício da ação penal pública condenatória.

De modo que, essa obrigatoriedade mitigada no ANPP, poderá dar ao órgão maiores poderes que qualquer outro, eis que assume função jurisdicionais, tais como juízo de

conveniência e oportunidade na aplicação de penas. O exercício do jus puniendi é do Estado juiz e o exercício da persecução penal em juízo é do Ministério Público como Estado acusador.

Em contrapartida, o promotor de justiça Rogério Sanches (2018, p.908), compreende que o acordo de não persecução penal é constitucional, ponderou sobre a obrigatoriedade da ação “a obrigatoriedade da ação deve ser revisitada, não podendo ser encarada como uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade”. Para ele, portanto, a obrigatoriedade poderá ser mitigada quando se deparar com alternativas benéficas a sociedade e que está se encontra com respaldo da legalidade para sua aplicação.

### **7.3 DA AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal garante que ninguém pode ser privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O devido processo legal, regulamentado por lei, deve ser entendido como uma garantia que segue as diretrizes constitucionais. Portanto, é fundamental que o processo siga as etapas estabelecidas, sem supressão ou distorção de seus elementos essenciais.

Quando se trata da imposição de uma sanção penal, é necessário que a busca por punição seja submetida ao controle do Poder Judiciário, pois não há pena sem julgamento. Isso significa que o procedimento adequado deve ser conduzido perante a autoridade competente, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, conforme previsto na Constituição, durante a coleta de provas e o processo.

O direito apresentado é claramente vedado nos Acordos de Não Persecução Penal, tendo em vista que, é fácil compreender que qualquer sanção dentro de um estado democrático requer um procedimento que inclua o contraditório, prazos e garantias. No caso do acordo de não persecução penal em análise, surge a dúvida se esses requisitos estão presentes, uma vez que o acusado recebe "a graça" de evitar um processo desde que cumpra o acordo, que pode envolver restrições de direitos.

Dessa forma, o acusado recebe uma espécie de punição que não passou pela validação das garantias individuais e de direitos, resultando apenas na ilusão de liberdade em troca da renúncia a garantias e direitos individuais. O José Herval Sampaio Júnior (2008, p.137), destaca a importância do devido processo legal como uma importância transcendental e que delinea

todo o seu agir, limitando inclusive o legislador. O processo se faz necessário para fins de vedações aos excessos do Estado, em que este deve respeitar cautelosamente todo trâmite processual, a fim de resguardar as garantias das partes do processo.

Logo, é injustificável exigir que o investigado assuma previamente a responsabilidade criminal para fins de acordo processual se não houver persecução penal, ou seja, a garantia do devido processo legal, aferindo toda legalidade processual e legal que se exige da imputação penal.

#### **7.4 DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO**

O princípio do contraditório e da ampla defesa é respaldado constitucionalmente art. 5º, LV, CF/88. O referido princípio preza em dar as partes do processo a possibilidade de influenciar no convencimento do magistrado, dando a ambas as partes a possibilidade de manifestação sobre os atos processuais.

No processo penal há algumas hipóteses de contraditório, das quais são o contraditório real que consiste na ciência das partes contemporânea a produção da prova, para que essas possam participar nas construções das mesmas. Por outro lado, há o contraditório diferido ou postergado, em que pratica a ciência das partes é posteriormente, ou seja, as partes tem oportunidade de se manifestar, mas posteriormente à produção da prova, para que não perca a sua razão de construção, evitando a frustração na construção da prova.

No que tange a ampla defesa, é a garantia constitucional em específico ao acusado. Em que se divide em defesa técnica, aquela realizada por um profissional da área jurídica e a autodefesa praticada pelo próprio réu, sendo a primeira obrigatória durante todo tramite processual, a qualquer ato praticado sem defesa constituída nos autos gerará nulidade absoluta, como estabelece a súmula do STF nº 523 “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Já a segunda defesa mencionada observará ao acusado sua disponibilidade em exercer a autodefesa ou usufruir de seu direito ao silêncio.

Desse modo, deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, para que seja utilizado pelo acusado mecanismos de defesa e recursos disponíveis (art.5º, LV, CF/88). Em casos de hipossuficiência de recursos será nomeado um Defensor Público, assegurando a todos



seus direitos ao contraditório e a ampla defesa durante os atos processuais e administrativos, a fim de prevalecer a paridade de armas as partes integrantes do processo.

No entanto, os mencionados princípios são claramente violados na aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, tendo em vista que o Ministério Público, por ser parte do Poder Público e por assim atuar de maneira aliada a construção do inquérito, diferentemente da defesa que o contraditório e ampla defesa é mitigado, é notório a disparidade de armas entre a acusação e a defesa. Ao observamos a construção do inquérito policial, por natural é construído sem a presença do indiciado. Nesse sentido Nucci descreve sobre a importância do contraditório e ampla defesa:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (NUCCI, 2020 p 7).

É nítido, portanto, a violação do contraditório e da ampla defesa durante o Acordo de Não Persecução Penal, o que demonstra a necessidade do acusado a ser submetido ao contraditório e a ampla defesa, de modo a diminuir a desigualdade entre as partes. E para que seja assegurado o mínimo de paridade de armas, com a finalidade de ambas as partes participarem da construção equilibrada do acordo.

## **7.5 DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

O princípio da presunção de não culpabilidade foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil no decreto nº 678/92. Em suma, o princípio elenca que nenhuma pessoa será declarada culpada até o devido trânsito julgado da sentença penal condenatória, conforme artigo 5º, LVII, da CF/88. Antes deste período caberá o ônus da prova a acusação. Sendo eventuais prisões cautelares serem de maneiras excepcionais e fundamentadas a necessidade de cada caso. Entende-se que impede a antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Em uma análise histórica do surgimento do princípio, o escritor Aury Júnior (2020) discorre sobre a presunção de inocência, afirmando que suas origens remontam ao direito

romano. No entanto, ao longo de sua história, foi submetido a inúmeros ataques, chegando a ser aplicado ao contrário em alguns momentos. O autor dá o exemplo da inquisição medieval, onde não havia presunção de inocência, mas sim presunção de culpa. Além disso, o conceito de quase-culpa resultaria em uma semicondenação, o que implicaria em uma pena mais leve.

O autor passa a explicar e citar outros autores para traçar o desenvolvimento histórico da presunção de inocência, destacando especificamente seu estabelecimento mais proeminente e padronizado na Declaração dos Direitos do Homem em 1789. É possível perceber que o princípio em discussão foi violado por vários anos, sendo muitos indivíduos levados a condenação sem se quiser ter qualquer culpa.

Nucci (2020) esclarece que esse princípio sustenta o conceito “in dubio pro reo”, assegurando que, em casos de dúvida, sempre prevalecerá a presunção de inocência. Isso significa que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. Considerando que os indivíduos nascem em estado de inocência natural, cabe ao Estado acusador estabelecer a culpa para que a autoridade judiciária possa reconhecer a culpabilidade do réu.

Segundo o autor, o objetivo primordial desse princípio é atuar como salvaguarda contra a autoincriminação, garantindo assim o direito ao silêncio. Em última análise, o estado de inocência é um estado natural e ninguém deve ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Os princípios mencionados quando analisados frente ao Acordo de Não persecução penal são claramente violados, tendo em vista que um dos requisitos expressos para propositura do acordo é a exigibilidade de confissão do acusado como demonstra claramente o artigo 28-A do Código de Processo Penal (1941):

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: (...)

Vejamos que a necessidade de confissão é clara, e que denota um verdadeiro abuso de Poder quando colocada como condição ao acusado para a propositura do acordo. Sabemos que a própria situação de estar sendo processado ou investigado já é por si só um constrangimento, o medo do acusado de sofrer eventual condenação pode gerar uma confissão desnecessária e até mesmo não real sobre os fatos. O que denota não só mais também, um claro vício na livre e espontânea vontade em confessar.

Sendo o princípio basilar do processo penal da presunção de inocência, claramente violado quando se exige a confissão, é nítido a Constituição em legislar sobre a inocência até o trânsito julgado da sentença condenatória.

Em contrapartida, o Promotor de Justiça Rogério Sanches defende que a confissão extrajudicial necessária ao Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é equiparada à confissão feita durante o processo policial. No entanto, devido à ausência do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, essa confissão não pode ser utilizada como único fundamento para fundamentar uma decisão judicial, conforme previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal.

De acordo com a visão de Rogério Sanches Cunha (2020, p.129), essa confissão representa uma admissão de culpa sem consequências jurídicas, ou seja, não pode ser considerada como prova para uma sentença condenatória. Ela é exclusivamente um pressuposto necessário e requisito válido para a celebração do acordo. A confissão deve ser ratificada em uma audiência perante o juiz das garantias, na presença de defesa técnica.

Portanto, a lei exige uma confissão formal e detalhada, ou seja, uma narrativa completa do crime e de todas as suas circunstâncias. Aqueles que defendem esse requisito argumentam que ele impede a celebração do acordo por pessoas cujas provas não indicam sua participação no crime, além de promover um efeito psicológico de arrependimento e senso de responsabilidade e compromisso. A confissão teria um caráter "protetivo" para o investigado, evitando assim a celebração de acordos sem provas e reforçando a confiança de que o acordo será cumprido.

## **8. CONCLUSÃO**

Diante o exposto no presente artigo, pode-se concluir que a Justiça Penal Negociada trouxe evoluções no modo de condução dos processos criminais no país, iniciando pelos juizados especiais criminais conforme a Lei 9.099 até o Acordo de Não Persecução Penal. Em que estas formas tem por finalidade desafogar os judiciários e suas esferas auxiliares, tendo em vista a eclosão expressiva de questões processuais. Diante desse cenário, os juristas viram a necessidade de criação de novas formas de resolução das questões penais.

Desse modo, o surgimento do Acordo de Não Persecução Penal, transação penal, suspensão condicional do processo restou-se demonstradas que os acordos realizados não tem o viés descriminalizadores, mas sim alternativas para o encarceramento. A inspiração do Acordo de Não Persecução Penal provém do *Pleabargain* nos Estados Unidos, que tem por finalidade a aplicação da medida alternativa para a pena de reclusão. O instituto serviu de referencia para que a Lei 13.964/95 fosse criada no estado brasileiro.

Como já referido, a Lei dos Juizados Especiais, tem por premissa os institutos despenalizadores. Tais como a transação penal que permite impor medidas alternativas a prisão para infrações de pena máxima não superior a 2 (dois) anos. E a suspensão condicional do processo em casos em que a pena seja inferior a 1 (um) ano, essa suspensão pode ocorrer pelo período entre 2 a 4 anos. Sendo aplicadas em frações de médio e pequeno potencial ofensivo. Cumpridas as medidas acordadas de forma integral pelo acusado, acarretará na extinção da punibilidade e não estabelecimento de antecedentes criminais, além de não aplicação da majorante da reincidência.

Foi possível concluir que o Acordo de Não Persecução Penal proposto ao acusado ao exigir confessar formal e circunstancial os fatos e a pratica do crime, cuja pena do delito não ultrapasse 4(quatro) ano, como também, não ser cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o acusado não ter beneficiado com algum instituto despenalizado nos últimos cinco anos, não couber a transação penal e não ser reincidente ou conduta criminal habitual, profissional, e por fim não se aplica a infrações no âmbito da violência doméstica e familiar.

Destaca-se o estudo para a primeira condição mencionada, em específico ao confessar, o que demonstra claras mitigações aos direitos constitucionais do acusado, em que pese, o direito ao devido processo em que ninguém será condenado sem seu devido processo legal, princípio do contraditório e ampla defesa em que preza em dar as partes do processo a possibilidade de influenciar no convencimento do magistrado, dando a ambas as partes a possibilidade de manifestação sobre os atos processuais e o principio da presunção de inocência, entende-se que impede a antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, violando preceitos e garantias constitucionais.

No outro giro, também demonstrado no presente artigo, o mencionado juízo de discricionariedade conferido ao *Parquet*, em que esses valoram a conveniência e a oportunidade do oferecimento ou não do acordo, os acusados ficam submissos ao convencimento do Ministerial ao analisar se tem o interesse ou não em ofertar o acordo, deixando de ser um direito subjetivo do acusado em virtude da valoração do convencimento do Ministério Público, o que demonstra a clara inversão, de modo que, essa obrigatoriedade mitigada no ANPP, poderá dar

ao órgão maiores poderes que qualquer outro, eis que assume função jurisdicionais, tais como juízo de conveniência e oportunidade na aplicação de penas. O exercício do jus puniendi é do Estado juiz e o exercício da persecução penal em juízo é do Ministério Público como Estado acusador.

Em síntese, conclui-se que o Acordo de Não Persecução Penal instituído no Brasil, preliminarmente apresenta ser uma relevante alternativa para solução de grande parte dos processos judiciais, tendo a pena mínima objetiva de parâmetro até 4 anos o que proporciona um grande enquadramento de crimes no rol objetivo, há eficácia real do desafogamento dos judiciários e do encarceramento, promove uma justiça mais célere, rápida e eficiente.

Porém, a velocidade e angustia para redução acelerada da grande quantidade de processos, viola fatalmente os princípios constitucionais basilares do que regem o Código Penal e Código de Processo Penal, que sejam o princípio de presunção de inocência e não autocriminação ao colocar o acusado na posição de submissão ao juízo da conveniência e oportunidade do Ministério Público em que decidirá se ofertará ou não acordo diante da sua análise subjetiva de presunção da eficácia ou não do acordo perante ao delito e acusado. Não só mais também a confissão, viola os preceitos constitucionais e de condução processual ao estabelecer a confissão como requisito obrigatório objetivo.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador. Editora JusPodivm. Salvador, 2018.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.
- BRASIL. **Constituição Federal da Republica**, Diário Oficial Da União, Brasília, 5 de outubro de 1988 BRASIL. Decreto-Lei No 2.848. de 7 de dezembro de 1940 Código Penal. Diário Oficial Da União. Brasília, de 7 de dezembro de 1940.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.
- BRASIL DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código De Processo Penal**. Diário Oficial Da União de 3 de outubro de 1941.
- BRASIL LEI Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Diário Oficial Da União de 26 de setembro de 1995.
- CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso:15, outubro, 2023.
- COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime: Lei n. 13.964/2019**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 129.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime: Lei.n.13.964/2019-comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador. Juspodivm, 2020.p.127.
- CHALITA, Gabriel. **Vivendo a Filosofia**. São Paulo: Ática, 2006.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 2003.
- DEMO, P. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: principio da obrigatoriedade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.54 et seq.
- JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. **Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas**. 15. ed. Salvador: Juspodivm.p.908.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo:Forense, 2020.

QUESTÕES POLÊMICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. **Conjur.** 20233. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso: 15, outubro, 2023.

Rennison, C.M., & Dodge, M. (2019). **Introduction to Criminal Justice: Systems, Diversity, and Change**. SAGE Publications.

Referência: 2021. **Teoria pura do direito / Hans Kelsen**; tradução João Baptista Machado. Imprensa: São Paulo, WMF Martins Fontes, 2019. Descrição Física: xviii, 427 p.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: método, 2008. p.137.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 17.ed. São Paulo. Editora JusPodivm, 2022.

TULKENS, Françoise. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille Org.). **Processos penais na Europa**. Trad. De Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p 673-717.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT.