

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

RAISSA CORRÊA BORGES DE OLIVEIRA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REFLEXOS PRÁTICOS DO ACORDO
COM A MITIGAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA**

UBERLÂNDIA

2021

RAISSA CORRÊA BORGES DE OLIVEIRA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REFLEXOS PRÁTICOS DO ACORDO
COM A MITIGAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial básico para a conclusão do Curso de Direito na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientadora: Prof. Dr^a. Simone Silva Prudêncio.

UBERLÂNDIA

2021

RAISSA CORRÊA BORGES DE OLIVEIRA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REFLEXOS PRÁTICOS DO ACORDO
COM A MITIGAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA**

Uberlândia, _____ de _____ de 2021.

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a orientadora Simone Silva Prudêncio

Professor

Professor

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao universo e ao poder divino por me acompanhar e me fazer ter a determinação para conquistar meus anseios e me proporcionar força, coragem, disposição e vontade em realizar este trabalho em meio ao período tortuoso de pandemia em que vivemos.

Agradeço aos meus pais por terem me oferecido uma criação repleta de amor, carinho, dedicação e por terem me ensinado todos os princípios de vida que hoje carrego comigo.

Obrigada pelo acolhimento em todo momento que preciso e por sempre proferirem palavras de incentivo e de orgulho. Obrigada por acreditarem na minha capacidade e torcerem pelo meu sucesso e minha evolução.

Agradeço à minha avó Elizabeth por ter sido sempre tão presente em minha vida, por todo o auxílio emocional e educacional e pelo companheirismo.

Agradeço à minha professora orientadora Simone, que sempre esteve disposta a me auxiliar em todos os pormenores na construção do trabalho. Obrigada por ser uma exímia e admirável profissional e por dedicar-se firmemente ao magistério.

Agradeço ao meu namorado Luiz, que esteve presente física, emocional e psicologicamente durante todo o desenvolvimento do trabalho. Obrigada por ser luz em minha vida e por me proporcionar amor, felicidade, paz e aconchego. Obrigada por ser meu parceiro não somente neste momento, mas em todos os outros. Obrigada por acreditar e afirmar meu potencial quando nem eu mesma conseguia acreditar. Obrigada.

Agradeço às minhas amigas e aos meus amigos, que sempre foram fonte de amor, de felicidade e de crescimento mútuo. Obrigada por terem ajudado a trilhar esses poucos vinte anos de vida e por dividirem as angústias, os anseios, os desejos e as alegrias. Obrigada por sempre oferecerem um colo amigo e me tirarem as melhores risadas.

Agradeço ao meu gato de estimação Jimmy Butler por fazer companhia durante todas as horas de leitura, de escrita e de revisão textual. Obrigada por não me deixar sozinha e por tornar o processo um pouco menos árduo e um pouco mais descomplicado.

Agradeço, por fim, a todos que, de alguma forma, confiaram na realização deste trabalho e me incentivaram a desenvolvê-lo da melhor maneira possível.

“A nocividade de um delito e seu valor de indução não são os mesmos, de acordo com o status do infrator; o crime de um nobre é mais nocivo para a sociedade que o de um homem do povo”.

(Michael Foucault)

RESUMO

As normas de direito material e processual penal cooperam para o grande contingente populacional que o sistema penitenciário do Brasil apresenta. Diante desse contexto, esta monografia pretende estudar o Acordo de Não Persecução Penal, uma justiça consensual que viabiliza a aplicação de repreensão diversa das penas tradicionalmente impostas pelo poder punitivo estatal. O instituto jurídico, que possui caráter negocial e extrajudicial, foi introduzido ao ordenamento por meio da Lei n. 13.964/2019, denominada Lei Anticrime, e deve ser ofertado pelo Ministério Público. O objetivo do trabalho é analisar se negócio jurídico ocasiona a mitigação de princípios constitucionais inerentes ao processo criminal e, ainda, verificar eventuais benefícios ou malefícios ocasionados pela celebração do acordo. Por meio do método dedutivo, foram examinados casos concretos, submetidos à apreciação da Defensoria Pública de Minas Gerais, estudo esse que permitiu a conclusão de que a realização dos acordos em determinados contextos é mais favorável ao agente delituoso que o ajuizamento de uma ação penal.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Ministério Público e a ação penal pública. Princípio da obrigatoriedade da ação penal. Devido Processo Legal. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Sistema penintenciário.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMB	Associação dos Magistrados do Brasil
APFD	Auto de Prisão em Flagrante Delito
ART	Artigo
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
CF	Constituição Federal
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNPG	Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
GNCCRIM	Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PGJ	Procuradoria-Geral de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	11
2.1	MINISTÉRIO PÚBLICO COMO TITULAR DA AÇÃO PENAL PÚBLICA	11
2.2	PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE E DA INDISPONIBILIDADE DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA	13
2.3	DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL	16
2.4	PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	18
3	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	22
3.1	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REALIZAÇÃO, PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES	22
3.1.1	Conceito Amplo	22
3.1.2	Requisitos Para a Celebração do Acordo	23
3.1.3	Impedimentos Para a Realização do Acordo	25
3.1.4	Direito Subjetivo do Investigado ou Mera Faculdade do Ministério Público? ..	26
3.1.5	Condições a Serem Acordadas.....	27
3.1.6	Momento Para o Oferecimento do Acordo.....	28
3.1.6.1	Retroatividade	28
3.1.6.2	Acordo de Não Persecução Penal e Audiência de Custódia	30
3.1.7	Controle Jurisdicional do Acordo	30
3.1.8	Cumprimento (ou Descumprimento) do Acordo	32
4	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CASOS CONCRETOS	34
4.1	ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	34
4.1.1	Benefícios do ANPP	36
4.1.2	Possíveis Prejuízos do ANPP ao Agente Delitivo	37
4.1.3	Caso Contraditório	40
4.2	MITIGAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	41
5	CONCLUSÃO	45
	REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O inchaço exponencial do sistema carcerário brasileiro entre o início deste século até meados de 2015 pode ser explicado com a implementação de políticas públicas criminais de endurecimento de penas em uma tentativa de combate às drogas e aos crimes provenientes do crime organizado.

A depender da natureza do crime praticado, o Estado elabora normas cujas penas abstratas são altamente repressivas, que auxiliam a reforçar o ideário de que sanções de privação da liberdade são a melhor alternativa para a recuperação social do agente delituoso.

Com a tentativa de aplicar medidas alternativas à punição tradicional, são criados mecanismos de justiça consensual, como é o caso, por exemplo, do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), inserido formal e legalmente no Código de Processo Penal (CPP) em 2019 pela Lei n. 13.964.

Semelhante aos institutos da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo, o Acordo de Não Persecução Penal, em síntese, é uma tratativa oferecida pelo Ministério Público (MP) ao investigado em crimes de ação penal pública, excluídos os de violência doméstica. Os delitos objeto do acordo devem ser de menor potencial ofensivo, praticados sem a utilização de violência ou grave ameaça e que possuam penas abstratas mínimas inferiores a 04 (quatro) anos.

O instituto negocial mencionado representa uma perspectiva àqueles que procuram e anseiam por uma alternativa ao desgaste que pode representar um processo criminal. Da mesma forma, também apresenta uma oportunidade às instituições estatais afundadas por processos judiciais que geram custos de diferentes espécies.

A celebração do Acordo de Não Persecução Penal pressupõe o consentimento do investigado e a confissão formal e circunstanciada do crime. Realizada a avença, não será oferecida denúncia pelo Ministério Público e não haverá, por consequência, a instauração de um processo criminal.

A contrapartida da formalização do acordo é a mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Em razão da ausência de ação penal, ao investigado é privada a observância de um devido processo legal, bem como da garantia ao contraditório e à ampla defesa, princípios constitucionais previstos e assegurados no processo penal.

Portanto, ainda que a aplicação de uma justiça negocial possa representar vantagem ao indivíduo, necessário apontar que ele não exercerá seu direito precípuo e básico de defesa, que poderá ser concretizado apenas no seio de um processo judicial.

O presente trabalho pretende investigar e averiguar, sopesadas as peculiaridades atinentes à justiça negocial e ao processo criminal, qual a melhor escolha, em aspectos gerais, que o investigado deve fazer ao receber a proposta de composição apresentada pelo Ministério Público.

Será explicada a função desempenhada pelo Ministério Público em uma ação penal pública, bem como a importância dos princípios da obrigatoriedade da ação penal, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa. Posteriormente, necessário estudar e apresentar as características, as condições e os elementos necessários ao oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal.

Apresentadas as descrições caracterizadoras de um processo criminal e do Acordo de Não Persecução Penal, o estudo centrará na análise da ponderação entre esses dois mecanismos de punição da conduta delitiva, de forma a apontar os benefícios e os malefícios de cada um para o investigado e para o Estado. Para isso, serão analisados casos concretos de acordos ofertados pelo Ministério Público de Minas Gerais, no âmbito da Comarca de Uberlândia, a fim de observar a aplicação prática desse instituto.

Por fim, após o estudo realizado por meio do método dedutivo, será formulada a conclusão com a verificação do melhor resultado final tanto para o indivíduo quanto para os entes estatais, com base em diferentes critérios adotados: financeiro, psicológico, social, criminológico e político.

2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 MINISTÉRIO PÚBLICO COMO TITULAR DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

O processo penal brasileiro é regulado pela estrutura acusatória, conforme dispõe o art.3º-A¹ do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/19. Diferente do inquisitorial, o sistema acusatório é caracterizado pela paridade de posição e condição entre as diferentes partes – acusação e defesa – e pela existência de um órgão julgador que deve realizar uma análise equidistante e imparcial.

A Constituição Federal definiu as competências e as atribuições que cada órgão adjunto ao Poder Judiciário deve realizar, de forma a ser do magistrado a função de julgar, a do Ministério Público a de acusar e a do advogado ou defensor a de defesa.

No sistema acusatório, uma pessoa somente poderá ser chamada a um processo por meio de uma acusação formal, que contenha a descrição minuciosa do fato imputado ao denunciado. O texto constitucional, no art. 129, inciso I atribuiu privativamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, condicionada e incondicionada², de forma a ser o órgão responsável pela acusação.

Em matéria infraconstitucional, expressa o art. 100, §1º do Código Penal, assim como o art. 24 do Código de Processo Penal, que a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo de requisição, quando a lei o exigir, do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

O sistema acusatório somente foi adotado pelo ordenamento brasileiro em 1988, por meio da promulgação da atual Constituição. O Código de Processo Penal, contudo, foi introduzido no país por meio do Decreto-Lei n. 3.689, datado de 1941. O texto constitucional e a codificação processual penal foram redigidos durante diferentes contextos jurídicos e políticos e, por esse motivo, o CPP apresenta inconsistências com a estrutura acusatória, ao permitir, em diversos momentos, a substituição da figura do *parquet* pela do julgador.

À exemplo, o art. 10, § 1º do CPP dispõe que os autos de inquérito concluídos devem ser encaminhados ao Poder Judiciário. Contudo, doutrina e jurisprudência questionam o sentido e o fundamento da norma citada, porque é o Ministério Público, e não o juiz, que inicialmente

¹ 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.

² Não serão abordadas com profundidade as diferenças entre as ações penais públicas de natureza condicionada e incondicionada. É suficiente para a compreensão do presente trabalho a conceituação de que na espécie incondicionada, a atuação do Ministério Público independe do implemento de qualquer condição específica, enquanto na condicionada, o Ministério Público está subordinado ao implemento de uma condição, que é a representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça.

deve ter acesso às informações colhidas pela investigação, em razão da organização acusatória processual penal e da titularidade da ação penal pública conferida à instituição. Assim destaca Renato Brasileiro:

Há de se entender que essa tramitação judicial do inquérito policial prevista nos arts. 10, § 1º, e 23, do CPP, não foi recepcionada pela Constituição Federal. Tendo em conta ser o Ministério Público o *dominus litis* da ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da Carta Magna, e, portanto, o destinatário final das investigações levadas a cabo no curso do inquérito policial, [...] deve-se **concluir que os autos da investigação policial devem tramitar diretamente entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário**, a não ser para o exame de medidas cautelares. (BRASILEIRO, 2020, P.229) (grifo nosso)

Ademais, autores criticam o art. 156 do CPP, que permite ao juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes”, regra fundamentada sob o princípio da busca da verdade real. Eugenio Pacelli (2017) afirma que não cabe ao juiz averiguar a qualidade da investigação e que somente deve exercer jurisdição na hipótese de provas urgentes.

Ressalvadas as controvérsias de matéria processual penal, importante destacar que finalizado o procedimento investigatório, o Ministério Público recebe os autos de inquérito e, se for caso de ação penal pública, possui as seguintes possibilidades: a) oferecimento da denúncia; b) arquivamento dos autos de inquérito policial; c) requisição de diligências, circunstância em que o Ministério Público devolve o inquérito à autoridade policial para realização de novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; d) declinação de competência, no caso de o promotor de justiça entender que o juízo perante o qual atua não é dotado de competência para o julgamento do feito; e) conflito de competência, na hipótese de já existir prévia manifestação de outro órgão jurisdicional; f) e, por fim, com a redação da Lei n. 13.964/19, a formalização de Acordo de Não Persecução Penal, que é objeto de análise do presente trabalho.

Das hipóteses de atuação do Ministério Público após o recebimento dos autos de inquérito, interessa o exame das possibilidades que culminam na instauração de um processo criminal, ou seja, o momento em que o *parquet* oferece a denúncia, independente da requisição à autoridade policial de diligências complementares.

Ao estudo a que se pretende esse trabalho, necessária a realização de uma comparação entre aspectos presentes em um processo criminal e o procedimento do Acordo de Não Persecução Penal. Para tanto, imprescindível comentar a atuação do Ministério Público no surgimento e na condução de um processo criminal.

A denúncia é a petição inicial do processo penal, por meio da qual o órgão ministerial formula a acusação contra o investigado³ e, se recebida pelo órgão julgador, inicia a ação penal pública. No processo penal, diferente do que ocorre no âmbito civil, não há que se falar em lide processual, mas em uma pretensão punitiva, que, nas palavras de Gustavo Henrique Badaró,

(...) **seria o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal.** Através da pretensão punitiva o Estado-Administração procura tornar efetivo o *ius puniendi*, com o exigir do autor do crime, que está obrigado a sujeitar-se à sanção penal, o cumprimento dessa obrigação, que consiste em sofrer o delinquente as consequências do crime e se concretiza no dever de abster-se ele de qualquer resistência contra os órgãos estatais a que cumpre executar a pena. (Badaró, 2009. p. 68) (grifo nosso)

Portanto, apresentada a denúncia e formalizada a relação processual, deverá o Ministério Público, como representante do Estado, buscar a justa pretensão punitiva em relação àquele a quem foi imputado o delito. Não há que se falar no direito processual penal em conflito de interesses entre acusação e defesa. Isso porque o Promotor de Justiça como agente que promove a observância à lei e à sua justa aplicação, deve resguardar o interesse público de preservação da liberdade do inocente e também, na mesma medida, de condenação daquele considerado culpado.

O Ministério Público, diante dos indícios de autoria do crime, com a presença de elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, e, ainda, das condições gerais da ação – legitimidade e interesse de agir⁴ –, deve apresentar a peça de denúncia ao juízo competente, em cumprimento ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, vislumbrado pelo art. 24 do Código de Processo Penal.

2.2 PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE E DA INDISPONIBILIDADE DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

³ Investigado é a correta nomenclatura a ser utilizada para o indivíduo que ainda é apenas alvo de procedimento investigatório.

⁴ Quanto à legitimidade ativa no processo penal, temos que, nas hipóteses de ação penal pública, por força do art. 129, I, da Constituição Federal, o titular da ação penal será o Ministério Público. Na medida em que a Constituição Federal outorga ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, é evidente que o *Parquet* age em nome próprio na defesa de interesse próprio.

(...) No polo passivo, a legitimação recai sobre o provável autor do fato delituoso, com 18 (dezoito) anos completos ou mais, já que a própria Constituição Federal estabelece que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis (art. 228). (BRASILEIRO, 2020, pag.300-302).

Quanto ao interesse de agir, para que a ação penal seja admitida, é necessária a existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade a ensejar sua propositura. Além disso, é preciso que não esteja extinta a punibilidade pela prescrição ou qualquer outra causa. (REIS; GONÇALVES, 2012, pag. 73)

Embora a obrigatoriedade da propositura da ação penal de natureza pública não seja tutelada constitucionalmente⁵, aparece como um princípio norteador do processo penal. A obrigatoriedade da ação penal está prevista no art. 24 do Código de Processo Penal, que apresenta uma redação imperativa ao afirmar o legislador que a ação pública será promovida pelo Ministério Público, o que indica que necessariamente o *parquet* deve realizar a denúncia em casos de ação penal pública.

Portanto, no âmbito processual penal, o promotor de justiça, quando reconhece a presença de indicativos do delito e da autoria, ou seja, as condições da ação, deve observar o *dever de agir*, e não ser orientado pelo *direito de ação*. A inércia do Ministério Público, com o pedido de arquivamento do inquérito, somente é justificada quando ausentes os elementos caracterizadores das condições da ação e de quaisquer indícios da existência do fato punitivo.

A antiga redação do art. 28 do CPP permitia a intervenção do juiz em caso de discordância com o pedido da Promotoria para arquivamento do inquérito ou das peças de informação, oportunidade em que a proposta de arquivamento era remetida à instância superior ministerial para revisão.

O conteúdo da norma foi editado, contudo, pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) e, agora, em conformidade ao sistema acusatório, não mais autoriza a interferência do Judiciário em decisão que deve ser exclusiva do Ministério Público, de forma que o promotor natural, quando decide pelo arquivamento, deve remeter os autos ao órgão de revisão apenas com a finalidade de homologação do pedido.

O atual art. 28 CPP⁶ está com a redação suspensa em razão da concessão de liminar na ADI 6305/DF pelo Ministro Luiz Fux. Ainda assim, também é responsável por consagrar o princípio da obrigatoriedade no ordenamento brasileiro. Isso porque a deliberação do Ministério Público pela não propositura da ação pública deve ser excepcional, e somente ocorrer na hipótese de inexistência de elementos que ensejam a instauração de um processo criminal.

Ademais, a referida norma impõe que a decisão será encaminhada para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, que pressupõe uma justificativa legal e plausível:

Se o órgão do Ministério Público, **após apreciação dos elementos informativos constantes dos autos do inquérito policial e a realização de todas as diligências cabíveis**, convencer-se da inexistência de **base razoável** para o oferecimento de

⁵ Chamando a atenção para o fato de que a obrigatoriedade não está consagrada como princípio constitucional, JACINTO COUTINHO explica que esse princípio é uma criação doutrinária e jurisprudencial, “que visa proteger a independência do MP – principalmente contra ingerências estranhas, mormente de natureza política”. (LOPES JUNIOR., 2018 apud COUTINHO, 1993, n.70, p.51)

⁶ 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.

denúncia, deve decidir, **fundamentadamente**, pelo arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação. (MAZZILLI, 2012) (grifo nosso)

Em síntese, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública impõe ao Ministério Público a persecução penal sempre que diante de evidências do fato delituoso e da autoria do crime, somente permitida a escolha contrária quando fundamentada a decisão de que inexistem elementos objetivos e subjetivos para oferecimento da denúncia.

Não somente o órgão ministerial está obrigado ao ajuizamento da ação pública, como também não pode dispor dela posteriormente ao início do processo, conforme dicção do art. 42 do CPP⁷, tampouco desistir do recurso, segundo art. 576⁸ do mesmo diploma legal.

Vale ressaltar que o pedido absolutório pelo Ministério Público durante o curso do processo criminal⁹ não desrespeita o princípio da obrigatoriedade. O *parquet* não deixa de observar o seu *dever de agir*, porque, conforme a legalidade, ajuizou a ação. De igual maneira, não fere a indisponibilidade inerente às ações penais de natureza pública, porque não desiste do processo, mas apenas realiza pedido diverso do constante na inicial.

Os princípios da oportunidade e da conveniência são antíteses do princípio da obrigatoriedade e ficam resguardados a nortear o procedimento das ações penais de natureza privada.

A sistemática processual penal flexibiliza o acatamento estrito à obrigatoriedade, por meio de justiça negocial que possibilita ao órgão ministerial ponderar e decidir no caso concreto com ampla discricionariedade. À exemplo, na Transação Penal, ainda que presentes elementos para o oferecimento da ação, o *parquet* propõe a aplicação de penas restritivas de direitos ou multa, desde que preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei n. 9.099/95.

Há, ainda, entre os institutos negociais, o Termo de Ajustamento de Conduta, o Parcelamento do Débito Tributário, o Acordo de Leniência, a Colaboração Premiada, presente na nova Lei das Organizações Criminosas, e, mais recentemente, o Acordo de Não Persecução Penal.

Os princípios da obrigatoriedade e o da indisponibilidade devem nortear o promotor de justiça para o manter afastado de qualquer pretensão subjetiva ou pessoal e para sempre prezar por uma persecução justa e legal, conforme bem salientado por Renato Brasileiro:

Afinal, ao *Parquet* também incumbe a tutela de interesses individuais indisponíveis, como a liberdade de locomoção. Logo, como ao Estado não interessa uma sentença injusta, nem tampouco a condenação de um inocente, provada sua inocência, ou caso

⁷ (CPP) art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

⁸ (CPP) art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

⁹ (CPP) art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

as provas coligidas não autorizem um juízo de certeza acerca de sua culpabilidade, deve o Promotor de Justiça manifestar-se no sentido de sua absolvição. (BRASILEIRO, 2020, p. 322)

É valorosa, portanto, a presença do princípio da obrigatoriedade para evitar conveniência ou oportunidade de iniciativa penal, da mesma maneira que é relevante a flexibilização da persecução penal estatal. Os institutos de negociação penal revelam que a verdadeira pretensão dos fins da pena, de rechaçar o delito por meio da prevenção e da retribuição, não é, e não deve ser, unicamente alcançada com a privação da liberdade alheia.

2.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

O devido processo legal na ordem jurídica brasileira está positivado no art. 5º, inciso LIV da CF, que assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ressalta-se que esse comando normativo é tido como um princípio e está disposto como uma premissa geral a partir da qual emanam diversos outros princípios constitucionais e legais:

Trata-se de uma cláusula inserida em nosso ordenamento jurídico como guarda-chuva, sob a qual se abrigam diversos direitos, garantias, princípios, regras, valores, deveres e proibições, catalogadas e implícitas, abarcando a esfera interna e internacional (art.5º, §2º, da CF). Portanto, o nível constitucional normatiza, delimita e exige o processo devido. (GIACOMOLLI, 2014, p. 79)

O processo devido é uma premissa ampla e, por isso, inexistente conceito hermético e definido, já que vários princípios decorrentes dele o fazem ser concretamente contemplado em um processo judicial ou administrativo. Bonato (2003, p. 109) afirma que todos esses princípios devem ser observados porque “influenciam todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico e estas devem ser editadas à luz daqueles, especialmente as normas processuais penais, que são o complemento necessário daqueles preceitos”.

Em análise ao texto constitucional, é possível apontar inúmeras garantias processuais, dispostas no art. 5º (incisos XXXV, LXXVIII, LV, XXXIX, XL, LXI, LXXIV, LIII, LXIII) e no art.93, inciso IX: a) o direito ao processo, com o acesso à Justiça; b) a razoável duração do processo; c) a garantia ao contraditório e à ampla defesa em processo judicial ou administrativo; d) o direito de não ser processado ou julgado baseado em lei *ex post facto*; e) ao princípio da retroatividade da lei penal – somente deverá retroagir se em benefício do réu; f) somente haverá prisão em caso de flagrante delito ou decisão fundamentada judícia competente; g) o acesso à Justiça Gratuita; h) direito à observância do juiz natural; i) o direito ao silêncio ao preso; k) direito a um julgamento público e a decisões fundamentadas.

A Constituição determina a presença do devido processo legal não somente no processo criminal, como também em todos os outros processos judiciais e naqueles de natureza administrativa. Interessa o recorte, contudo, aplicação do referido axioma apenas no âmbito do processo penal para verificar que ao réu são asseguradas inúmeras garantias durante a ação penal para proporcionar um processo que seja minimamente justo e que observe as garantias de um Estado Democrático de Direito.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são os maiores expoentes da relevância que o devido processo representa no processo criminal. O direito de defesa, em associação ao contraditório, permite ao acusado que realize a sua defesa e que contraponha os atos da acusação.

Por força do direito de defesa e do contraditório, em tese, o indivíduo fica resguardado de ser injustamente julgado e de receber uma sentença que nada condiz com os fatos a ele imputados e apurados. Diz-se teoricamente porque é comum que as falhas técnicas intrínsecas ao Poder Judiciário e as inúmeras lacunas da legislação possibilitem decisões arbitrárias e indevidas nos casos concretos.

O citado direito a um julgamento baseado tão somente em leis que expressamente repreendam determinada ação ou omissão também assegura ao acusado o devido processo legal, na medida em que não admite a instauração ou o curso de um processo lastreados por um fato que não seja proibido pelo ordenamento jurídico.

O pressuposto de qualquer ação penal deve ser sempre a existência de ato que é tipificado como delito, e não apenas objeto de repressão social. O crime de difamação é veementemente rechaçado pela sociedade, mas a sua penalização somente é possível porque o Código Penal, em seu art.139, reprime e tipifica essa conduta.

Relevante princípio também decorrente do processo devido é o da motivação das decisões judiciais, descrito no art. 93, inciso IX da Constituição. Se é imprescindível que o indivíduo responda apenas por delitos devidamente tipificados e que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, de máxima relevância também é que as decisões sejam motivadas e fundamentadas.

Todas as decisões interlocutórias proferidas durante o processo, e não só a sentença, devem ser fundamentadas, sobretudo aquelas que restringem direitos e garantias fundamentais, conforme aborda Lopes Junior (2018, p. 106). Prisão preventiva, interceptação de comunicações telefônicas e busca e apreensão são algumas determinações judiciais que interferem diretamente na liberdade e em direitos fundamentais do réu e, portanto, necessários elementos na decisão que justifiquem a mitigação dessas garantias.

O ato decisório motivado promove a racionalidade em substituição ao arbítrio do poder do juiz e, dessa forma, possibilita a legitimação da vontade do julgador. Quando fundamentada a decisão, o procedimento observa as regras do devido processo. Nesse sentido, Aury também expõe:

Nesse contexto, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. **Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica** (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O **mais importante** é explicar o **porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade**. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. (LOPES JUNIOR, 2018, p.106) (grifo nosso)

Em conclusão, as garantias aqui explanadas – ressalta-se que são uma parcela dos princípios emanados do devido processo legal – explicam a necessidade da forma como um procedimento judicial criminal deve se desenvolver para assegurar ao acusado um processo justo e condizente com o sistema acusatório.

Em um processo penal, o acusado se depara com medidas judiciais que minoram alguns de seus direitos fundamentais – como a hipótese de prisão preventiva, que infringe o direito à liberdade – e, por isso, deve ser minuciosamente observado o devido processo a fim de propiciar um julgamento justo e fundamentado.

2.4 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal garante às partes no processo o acesso ao direito ao contraditório e à ampla defesa, ao dispor em seu art. 5º, inciso LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Formalmente, a dicção do texto constitucional assegura o contraditório e a ampla defesa apenas em processo judicial ou administrativo. Nesse ponto, importante atentar para o fato de que para a doutrina e para a jurisprudência majoritárias as nominadas garantias constitucionais somente se manifestam na fase processual, o que dispensa a sua observância estrita na fase investigatória, em razão de a natureza do inquérito policial ser procedimental e administrativa (BRASILEIRO, 2020).

Embora conceitualmente o contraditório e a ampla defesa sejam elementos diferentes, eles somente se concretizam por meio de um e de outro, uma vez que a defesa ocorre com a possibilidade do contraditório, que, por sua vez, é garantido pela manifestação da defesa.

O contraditório é efetivado por meio do direito à informação e à participação. À defesa, assim como à acusação, devem ser fornecidos todos os elementos de informação dispostos no

processo para propiciar a justa e a devida participação de ambos os lados. Conforme (NORONHA, 2002, p. 309), “no processo penal, é a oportunidade de o acusado ser ouvido pelo juiz e refutar a acusação feita pelo autor da ação penal (Ministério Público ou ofendido).”

Para a observação concreta do contraditório durante o processo, é necessária a criação de possibilidade de manifestação desse direito não somente no campo formal, mas também no material. Por meio do princípio da isonomia, o juiz, como condutor da ação penal, deve propiciar à parte condição real de reação aos fatos e às provas apresentadas pela parte contrária. Nas palavras de Antônio Scarance Fernandes:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. **Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa**, até seu encerramento. **Efetivo** porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os fatos da parte contrária, sendo **imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los**. (FERNANDES, 2005, p. 61) (grifo nosso)

O contraditório, como consequência e concretização do devido processo legal, é a garantia de as partes terem acesso às informações e às provas dispostas no processo, de forma que possam participar efetiva e ativamente do curso da ação penal, com direito de reação às manifestações da parte contrária e às decisões do juízo. Portanto, é o “direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 223)

A ampla defesa é direito diverso do contraditório, mas que por ele se manifesta e se evidencia. Por meio do elemento da participação, que pressupõe a capacidade de reação das partes, a defesa é materializada no processo penal. Enquanto o contraditório é direito assegurado a ambas as partes, de forma que acusação e defesa devem ter acesso a todos os elementos de informação, a ampla defesa é garantia apenas da parte ré.

A proteção constitucional de acesso à ampla defesa compreende a defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica é aquela exercida por um profissional devidamente habilitado, munido de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. Ademais, deve ser ampla, sendo necessária, indeclinável, plena e efetiva, de forma que é impossível que alguém seja processado sem a presença de defensor constituído.

Por força do art. 261 do CPP, que discorre que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, a defesa técnica é sempre irrenunciável e indisponível. Dessa forma, ainda que o acusado seja revel ou requeira a não participação de advogado no processo, deverá sempre um defensor acompanhar a ação penal e realizar diligências em prol da defesa do réu.

Ainda mais importante que apenas a presença física e formal do advogado para a realização da defesa técnica é a efetivação da defesa do acusado, de maneira a não ficar ele indefeso durante o processo. É esse o conteúdo da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal ao impor que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Portanto, imprescindível no processo penal não somente a constituição de profissional habilitado para a defesa, que é causa de nulidade, mas tão importante quanto é a realização de um trabalho que realmente possibilite a defesa da parte, sob pena de nulidade se comprovado o efetivo prejuízo ao réu. Isso significa dizer, conforme Renato Brasileiro, que:

Obrigatoriamente, **deve o defensor atuar em benefício do acusado, sob pena de se considerá-lo indefeso**. Isso, no entanto, não significa dizer que o defensor deverá sempre e invariavelmente pedir a absolvição do acusado. A depender das circunstâncias do caso concreto, esse pedido absolutório não será uma alternativa viável e tecnicamente possível. (BRASILEIRO, 2020, pag.60) (grifo nosso)

Também é assegurada a autodefesa, que é aquela exercida pelo próprio acusado e, diferente da defesa técnica, é “disponível, isto é, cabe ao acusado a decisão de atuar e exercer seu direito positivamente ou omissivamente, sendo assim, um direito renunciável” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 228). A ofensa ao direito de autodefesa, assim como à defesa técnica, configura hipótese de declaração de nulidade absoluta por violação à ampla defesa.

A autodefesa é manifestada pelo direito de audiência, que é o momento em que o réu comparece a juízo e deve ser interrogado pelo magistrado a fim de apresentar a sua versão dos fatos imputados.

Nessa ocasião, a autodefesa pode ser positiva, em que o acusado expressa suas considerações acerca dos acontecimentos pertencentes à ação penal, ou negativa, hipótese em que o acusado se mantém em silêncio e apresenta recusa em expor ou contribuir para a persecução penal.

Ademais, poderá o acusado, por meio do direito de presença, acompanhar os atos da instrução de modo a auxiliar o seu defensor no exercício da defesa técnica. Inclusive, o art. 366 do CPP determina a suspensão do processo e do prazo prescricional se o réu for citado por edital e não comparecer em juízo e não nomear defensor. Isso porque a citação editalícia não aufere certeza de que o acusado teve efetiva ciência da acusação e, com isso, ficaria ele tolhido da oportunidade de fazer sua autodefesa e de fornecer elementos de prova ao seu advogado para a defesa técnica. (REIS; GONÇALVES, 2012)

O contraditório e a ampla defesa – técnica ou realizada pelo próprio acusado – são corolários de um Estado Democrático de Direito, sendo inerentes ao deslinde de qualquer ação

para que seja obedecido o princípio maior do devido processo legal. Uma ação penal deve sempre observar os princípios constitucionais mencionados para propiciar ao acusado um julgamento em que exista igualdade material com os agentes estatais, de forma que seja garantida uma persecução justa.

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

3.1 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REALIZAÇÃO, PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES

3.1.1 Conceito Amplo

O desenvolvimento desse trabalho pressupõe uma análise objetiva, mas minuciosa da legislação que prevê o Acordo de Não Persecução Penal. O instituto foi inserido no ordenamento por meio de ato administrativo do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com a edição da Resolução n. 181/2017, o que deu ensejo a debates acerca de sua constitucionalidade, inclusive com o ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Posteriormente, foi regulamentado legalmente o acordo pela Lei n. 13.964/19 – Lei Anticrime –, que inseriu o art.28-A no Código de Processo Penal. A norma disserta sobre os requisitos precípuos para o oferecimento e a celebração do ANPP, bem como a legitimidade para a propositura, a quem são dirigidas as benesses do instituto negocial e, ainda, as condições a que o investigado deve ser submetido para o cumprimento do acordo.

Necessário esclarecer que, apesar de ser um instituto negocial recente, a redação apresentada pelo texto legal já implica diversas discussões entre juristas e que, com o decorrer do tempo e da atividade jurídica, poderão ser dirimidas ou solucionadas. O presente estudo não tem como objetivo aprofundamento nos pormenores atinentes ao texto normativo. Serão abordados os principais elementos e controvérsias referentes ao Acordo de Não Persecução Penal, suficientes para o desmembramento da análise a que se pretende o trabalho.

O art.28-A é composto pelo caput, por incisos e por parágrafos, que dispõem sobre os requisitos, as condições, os impedimentos e a forma de deliberação do ANPP. De início, a norma já introduz alguns dos requisitos para a celebração, bem como os sujeitos que compõem o negócio jurídico, ao dizer que “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 (...)”.

Finalizado o procedimento investigatório, o acordo surge como uma das possibilidades a ser adotada pelo *parquet*. O enunciado normativo evidencia que a legitimidade para o oferecimento do ANPP é do Ministério Público, o que condiz com a legitimidade privativa para ajuizamento da ação penal pública, prevista na Constituição (art.129, inciso I).

Em razão da própria disposição legal, conclui-se que o acordo é proposto apenas em casos em que o Ministério Público seja titular da ação, ou seja, em ações penais públicas. Há entendimento doutrinário no sentido de que o instituto também pode ser proposto em ações de natureza privada¹⁰, no entanto, por tratar-se de assunto novo, ainda não há posicionamento jurisprudencial nem doutrinário contundente que embase essa possibilidade. Portanto, até o momento, o acordo é admitido apenas em delitos de ação pública.

A pessoa a quem o ANPP é direcionado, evidentemente, é o autor do fato delituoso, que deve ser devidamente instruído por um defensor ou advogado a fim de evitar uma avença perpetrada por coação ou qualquer causa de nulidade.

Em suma, o Acordo de Não Persecução Penal é um instituto novo de negociação criminal e visa estabelecer uma avença entre o Ministério Público e o investigado e o seu defensor (art. 28-A §3º), com a imposição de que o agente confesse a prática delituosa sob o comprometimento do *parquet* de não iniciar a persecução penal.

3.1.2 Requisitos Para a Celebração do Acordo

Os requisitos para a realização do acordo são cumulativos, ou seja, não basta a presença de apenas um deles, é necessária a observância de todos em conjunto para a validação do negócio jurídico. Os pressupostos estão dispostos no caput do art. 28-A.

O primeiro requisito é que o caso concreto não se enquadre na situação de arquivamento dos autos de investigação¹¹. O acordo somente poderá ser oferecido, então, se o Ministério Público não se decidir pelo arquivamento do procedimento, nos termos dos arts. 395 e 397 do CPP, ou se o magistrado não entender que o caso seja de rejeição da denúncia ou de absolvição sumária. O instituto negocial depende da existência de evidente indício da prática criminosa, da punibilidade concreta, da legitimidade da parte e da justa causa.

A confissão formal e circunstanciada também constitui pressuposto para a formalização do acordo, e deve ocorrer de forma escrita, com o reconhecimento pelo investigado da prática delituosa imputada a ele. Essa confissão não significa declaração de culpabilidade, conforme

¹⁰ (...) uma vez preenchidos os requisitos legais anteriormente explicados, pode o querelante propor o acordo de não persecução penal, até porque a ação penal de iniciativa privada é plenamente disponível. (LOPES JUNIOR, 2020, p.322).

Terceira posição deve vir no sentido de que caberia esse acordo perante a ausência de proibição legal e de que a proposta deveria ser feita pelo Ministério Público. Essa é a nossa posição. Não há motivo para se excluir para a ação penal de iniciativa privada. No entanto, as condições devem ser fixadas pelo Ministério Público, e não pelo querelante, embora dependa de sua concordância. (DEZEM; BRASIL, SOUZA, 2020, p. 69)

¹¹ Importa destacar que o Acordo de Não Persecução Penal pode ser celebrado independentemente da natureza do procedimento investigatório, com a possibilidade de aplicação tanto em um inquérito policial quanto em uma investigação presidida pelo Ministério Público (BRASILEIRO, 2020).

alerta Cunha (2020, p.129), porque “há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser devidamente reconhecida, demanda o devido processo legal”. Por essa razão é que a formalização e o cumprimento do ANPP somente constam na certidão de antecedentes criminais para impedir a celebração de novo acordo dentro do prazo de 5 (cinco) anos, conforme dispõe o art.28-A, §12.

Para o oferecimento do acordo, é imprescindível também que o delito cometido possua pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Para o cômputo desse requisito, devem ser consideradas, além da pena abstrata cominada ao crime, as causas de aumento e de diminuição de pena, conforme o disposto no art. 28-A §1º e o Enunciado 29¹² do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM).

Ressalta-se que nas causas de aumento, deve ser aplicado o menor aumento possível, calculado sobre a pena mínima, enquanto nas causas de diminuição, será utilizada a maior redução, de forma a ampliar a aplicação do instituto consensual (ARAS, 2020).

A nomenclatura do art.28-A faz referência a infração penal, de forma que pouco importa a natureza do ilícito para a celebração do acordo, se é crime ou contravenção penal (BRASILEIRO, 2020). O relevante é que a conduta tenha sido realizada sem a utilização de violência ou de grave ameaça. A grave ameaça e a violência a que se referem a norma devem ocorrer na modalidade dolosa, o que implica a verificação desses elementos na conduta do indivíduo, e não no resultado. O ANPP pode ser celebrado, portanto, em crimes de natureza culposa que tenha resultado violência, segundo aponta o Enunciado 23 do CNPGE e do GNCCRIM:

É cabível o acordo de não persecução penal nos **crimes culposos com resultado violento**, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente, apesar de previsível. (grifo nosso)

Por fim, mas não menos importante, a existência do acordo como forma de política criminal condiciona que os efeitos do negócio celebrado sejam suficientes para reprovação e prevenção do crime, na medida de sua proporcionalidade. Destaca Aras (2020) que o requisito da suficiência deve ser analisado com cautela pelo membro ministerial. Isso porque uma suposta recusa ao oferecimento do acordo deve ser devidamente fundamentada e justificada, com

¹² Enunciado 29: para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o art. 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que dispõe os enunciados sumulados n. 243 e n. 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

invocação comedida do argumento de que a realização de um ANPP não prestaria ao seu fim social.

3.1.3 Impedimentos Para a Realização do Acordo

Diferente da natureza cumulativa dos requisitos, as causas de impedimento para a celebração do acordo, que estão dispostas no §2º do art. 28-A, são de ordem alternativa, de maneira que basta a presença de uma delas para afastar a avença.

Caso a pessoa seja beneficiária da Transação Penal, instituto contido no art. 76 da Lei n. 9.099/95 e atinente aos Juizados Especiais Criminais, não há que se falar na hipótese de Acordo de Não Persecução Penal.

Nesse aspecto, observam Dezem, Brasil e Souza (2020) que, mesmo se cabível o acordo, poderá o indivíduo optar pela Transação Penal, porque os requisitos presentes nesse instituto são mais benéficos que os do ANPP, já que prescinde, por exemplo, da confissão formal do investigado.

Ademais, como causa impeditiva, o investigado não pode ser reincidente ou não pode haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Importante comentar brevemente a redação desse inciso para esclarecer que, conforme os arts. 63 e 64 do Código Penal, a reincidência é a prática de novo crime posterior ao trânsito em julgado da sentença que, no Brasil ou no estrangeiro, tenha condenado o agente por crime anterior, respeitado o lapso temporal de 5 (cinco) anos.

Relevante apontar também que a utilização da expressão “conduta criminal reiterada” é objeto de discussão entre os estudiosos, porquanto, segundo Lopes (2020, p.317), “esse é um critério vago e impreciso, que cria inadequados espaços de discricionariedade por parte do MP”.

Relativo ao emprego do vocábulo “insignificante”, parece que o legislador utilizou o termo no sentido vulgar, com referência não ao princípio da insignificância, mas às infrações penais de menor potencial ofensivo (BRASILEIRO, 2020). Da mesma forma é o entendimento exposto no Enunciado 21 do CNPG e do GNCCRIM):

Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se **insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo.** (grifo nosso)

Outra circunstância que afasta a formalização do acordo é o indivíduo ter sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração com os institutos do ANPP, da transação penal ou da suspensão condicional do processo. Esse impedimento é

justamente para inviabilizar a concessão desmedida do benefício e evitar o incentivo a práticas delituosas.

Quanto ao referido prazo de 5 anos, Aras (2020) acentua que deve ser contado entre a data da homologação do acordo anterior e a data da nova infração. Isso porque, como a lei não determina que a contagem seja iniciada somente após o cumprimento da primeira avença, merece ser realizada interpretação mais favorável ao investigado.

A última causa impeditiva é de que o acordo não será aplicado em crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino. Em razão da política criminal de não negociação da Lei Maria da Penha, Dezem, Brasil e Souza (2020) asseveram muito bem que foi uma escolha acertada a do legislador de impedir a celebração dos acordos nos casos de violência de gênero, considerada a situação endêmica de violência contra a mulher no país.

Essa causa de impedimento acompanha a Súmula 536 do STJ, que afirma que “a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

3.1.4 Direito Subjetivo do Investigado ou Mera Faculdade do Ministério Público?

Presentes os requisitos que autorizam a proposta do Acordo de Não Persecução Penal, inicia-se a discussão doutrinária se o instituto seria um direito subjetivo do investigado ou mera discricionariedade do Ministério Público. O tema está diretamente relacionado a uma possibilidade que pode ocorrer mesmo presentes os requisitos elencados pela norma: o não oferecimento injustificado do acordo.

O Enunciado 19 do CNPG e do GNCCRIM firmou a tese de que “o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.

Aury Lopes, contrariamente, defende que o Acordo de Não Persecução Penal é um direito subjetivo do investigado, de forma que deve ele reportar seu direito ao Poder Judiciário, e não a instância revisional do Ministério Público:

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. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 321-322)

Independente do entendimento que poderá ser firmado em decorrência desse debate, o §14 do art.28-A possibilita ao investigado, se interessado na realização da avença, que ele remeta os autos a órgão de instância superior na forma do art.28 do Código de Processo Penal.

Em caso de recusa do acordo pelo investigado, a alternativa do Ministério Público é o prosseguimento das investigações ou, se suficientes as provas colhidas, oferecerá denúncia.

3.1.5 Condições a Serem Acordadas

As obrigações que serão estabelecidas ao investigado para a formalização do acordo deverão ser cumpridas de forma cumulativa ou alternativa. O caput do art.28-A prevê em seus incisos I a V as condições a que o indivíduo se voluntaria, sendo todas elas de natureza não coercitiva e, como já salientado, não privativas de liberdade, segundo ressaltado pelo Enunciado 25 do CNPG e do GNCCRIM:

O acordo de não persecução penal **não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes** não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência. (grifo nosso)

Na hipótese em que couber, compete ao agente a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, não importa qual a natureza do dano (art.28-A, I). Essa condição deve pressupor a existência de um dano concreto, bem como a possibilidade da reparação por parte daquele que o causou e a viabilidade de restituir o bem:

Essa cláusula do ajuste é bastante relevante para o atendimento do interesse da vítima e não pode ser afastada, **salvo quando efetivamente não houver nenhum meio de o investigado compensar a perda patrimonial ou os danos material e moral** suportados pelo ofendido (DEZEM; BRASIL, SOUZA, 2020, p. 167) (grifo nosso)

Outra condição a ser acordada é a renúncia pelo investigado a bens e a direitos indicados pelo *parquet* como instrumentos, produtos ou proveito do crime (art.28-A, II). Em suma, é um confisco pelo aparato estatal com o devido consentimento por parte do indivíduo suspeito (SANCHES, 2020).

O investigado deverá, como condição à celebração, “prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal” (art.28-A, III).

Deverá, ainda, “pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito” (art.28-A, IV).

Tal condição, notoriamente, somente possui coerência se o investigado apresenta viabilidade financeira para o pagamento da quantia determinada. Não perdura qualquer sentido a imposição de uma exigência pecuniária, por menor que seja o valor, a uma pessoa que tem pouca ou nenhuma possibilidade de quitar a prestação delimitada.

As duas últimas condições supracitadas, dispostas nos incisos III e IV, respectivamente, são medidas que não se confundem com as penas restritivas de direito e, portanto, o descumprimento não acarreta a modificação para pena privativa de liberdade. O que poderá ocorrer, como será esclarecido posteriormente, é a rescisão do negócio e o possível ajuizamento da ação penal.

O CPP discorre, por fim, que o Ministério Público pode estipular, por prazo determinado, outra condição a ser cumprida pelo investigado, desde que seja ela proporcional e compatível com a infração penal imputada. Renato Brasileiro (2020, p. 282) entende que “tais condições são predispostas não para punir o investigado, mas para demonstrar sua autodisciplina e senso de responsabilidade na busca da ressocialização, corroborando a desnecessidade de deflagração da *persecutio criminis in iudicio*”.

Távora e Rodrigues (2020) apontam, contudo, para uma problemática proveniente da redação abstrata apresentada pela norma. A utilização da expressão “outra condição a ser cumprida”, embora possa parecer que propicie a negociação de uma condição proporcional, pode favorecer inúmeras arbitrariedades pelo órgão ministerial, porque a redação em branco não delimita a atuação do promotor de justiça.

3.1.6 Momento Para o Oferecimento do Acordo

3.1.6.1 Retroatividade

O momento para proposição do Acordo de Não Persecução Penal é alvo de debate no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Há quem defenda que o ANPP pode ser oferecido durante a investigação até o limite de oferecimento da denúncia, sempre com respeito ao princípio do promotor natural e do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF), conforme explana Vladimir Aras:

A existência de investigação criminal em curso, seja inquérito policial ou PIC, não é impeditivo à celebração de ANPP. Neste sentido, o STJ fixou tese de que a existência de inquérito policial em curso “não é circunstância idônea a obstar o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo”. (ARAS, 2020, p.164)

A corrente é pautada na redação do Enunciado 20¹³ do CNPG e do GNCCRIM, bem como na do Enunciado 30¹⁴ Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ) e da Corregedoria do Ministério Público de São Paulo, que demarcam a apresentação da denúncia como limite para oferecimento do acordo.

Brasileiro (2020, p. 225) assevera que “o acordo poderá ser celebrado inclusive para fatos ocorridos em momento anterior, desde que a peça acusatória ainda não tenha sido recebida pelo magistrado”. O posicionamento da Quinta Turma do STJ ¹⁵ foi de que é possível a retroatividade do acordo em processos em curso somente até o recebimento da denúncia.

Percepção diversa é de que pode ele ser proposto a qualquer momento antes do trânsito em julgado, por tratar-se de norma mista e, portanto, ser imbuída do princípio da retroatividade da lei mais benéfica atinente ao direito material.

Assumpção (2020) coaduna com esse entendimento e explica que o acordo deve ser proposto e aplicado nas hipóteses em que ainda não ocorreu o trânsito em julgado, à exemplo de casos em que a denúncia foi oferecida, mas ainda não foi recebida, e da situação em que mesmo iniciada a instrução, ela ainda não foi concluída. De igual modo defende Aury Lopes:

O acordo de não persecução penal poderá ser oferecido aos processos em curso quando da sua entrada em vigor, na medida em que se trata de norma mista (retroage para beneficiar o réu). Também **não vislumbramos obstáculos a que seja oferecido em qualquer fase do procedimento, caso não tenha sido acordado no início do feito.** (LOPES JUNIOR, 2020, p. 318) (grifo nosso)

A Sexta Turma do STJ havia adotado o raciocínio de que a aplicação do ANPP caberia até o momento do trânsito em julgado¹⁶. Entretanto, em decisão proferida em sede de *habeas corpus* no mês de março de 2021¹⁷, a referida Turma acompanhou o voto da relatora Laurita Vaz, com o entendimento de que o instituto negocial,

"por mais que se trate de norma de conteúdo híbrido, mais favorável ao réu – o que não se discute –, o deslinde da controvérsia deve passar pela ponderação dos princípios *tempus regit actum* e da retroatividade da lei penal benéfica, sem perder de vista a essência da inovação legislativa em questão e o momento processual adequado para sua incidência".

¹³ Enunciado 20: Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/19, desde que não recebida a denúncia.

¹⁴ Enunciado 30: Aplica-se o artigo 28 do CPP nos casos em que, oferecida a denúncia, o juiz entenda cabível a proposta de acordo de não persecução penal.

¹⁵ A decisão ocorreu em EDcl no Agravo Regimental nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 1.681.153/SP, com relatoria pelo Min.Felix Fisher, em 8/9/2020.

¹⁶ AgRg no HC 575.395/RN, de relatoria do Min. Nefi Cordeiro, julgado em 08/09/2020.

¹⁷ HC 628.647/SC, de relatoria da Min. Laurita Vaz, julgado em 09/03/2021.

Por maioria, os ministros entenderam pela retroatividade do acordo, desde que a denúncia não tenha sido recebida. O julgado, dessa forma, dirimiu a divergência interna no Superior Tribunal de Justiça. Contudo, o tema ainda será objeto de análise pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) e, se não houver modificação, provável que a posição da Sexta Turma do STJ referente ao assunto seja a preponderante.

3.1.6.2 Acordo de Não Persecução Penal e Audiência de Custódia

Sem considerar o limite máximo para oferta do acordo, existe o entendimento de que o ANPP pode ser proposto à ocasião da audiência de custódia, em concordância aos princípios da economia processual, da celeridade e da razoável duração do processo. É essa a posição adotado por Renato Brasileiro e por Aury Lopes¹⁸.

Aras (2020) explica que a audiência de custódia é o momento em que o Ministério Público pode formar sua *opinio delicti* e, naquele momento, decidir-se pela não propositura de ação penal em razão da ausência de justa causa, condições da ação ou por causa extintiva de punibilidade ou excludente de ilicitude. Pode, de forma análoga, firmar um convencimento da desnecessidade de instauração da persecução penal, com a celebração de uma avença com o investigado.

Tendo em vista, entretanto, que a finalidade da audiência de custódia não é a inquirição do indivíduo a respeito do ato delituoso imputado a ele, o Ministério Público somente poderá aproveitar a presença da pessoa presa em audiência para, em ato diverso, oferecer o acordo. Se realizado o negócio, o preso deve ser imediatamente colocado em liberdade (BRASILEIRO, 2020).

3.1.7 Controle Jurisdicional do Acordo

A Lei n. 13.964/19 prevê um controle jurisdicional para a celebração do acordo, de forma que a avença deve ser submetida à análise judicial para produção de seus efeitos. O §4º do art. 28-A dispõe que após a formalização do acordo, deve ser designada uma audiência para que o juiz das garantias – introduzido pela Lei Anticrime, mas atualmente com eficácia suspensa

¹⁸ A nosso juízo, é possível sua celebração inclusive na mesma oportunidade da audiência de custódia. Explica-se: como é sabido, por ocasião da realização da audiência de custódia, não se admite que o preso (BRASILEIRO, 2020, p.274).

Poderá ser proposto na audiência de custódia, quando for caso de sua realização e a especificidade do caso permitir (LOPES JUNIOR, 2020, p.318)

pelo STF¹⁹ – verifique a voluntariedade do investigado, bem como a legalidade das cláusulas acordadas.

Analísado o acordo firmado entre o investigado e o *parquet*, conforme os §§5º a 7º da norma em destaque, o juiz possui as seguintes possibilidades: a) homologar o acordo, com a devolução dos autos ao Ministério Público para o início da execução perante o juízo da execução penal; b) com anuência do investigado e de seu defensor, devolver o acordo ao Ministério Público para a reformulação da proposta se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as disposições acordadas; c) recusar-se a homologar a proposta se não atendidos os requisitos legais ou se, conforme a hipótese anterior, o Ministério Público não proceder à reforma do acordo.

Necessário primeiro esclarecer que o juízo competente para a execução do acordo em caso de homologação é o juízo da execução criminal, nos termos do §6º do art. 28-A. Sanches (2020), entretanto, critica a escolha do legislador pela Vara da Execução Penal, porque o ANPP não tem como objeto uma sanção aplicada pelo Estado, mas sim condições pactuadas pelo investigado e pelo Ministério Público. Afirma que a execução da avença deveria ser de responsabilidade do órgão ministerial ou do próprio juízo do conhecimento que homologou as cláusulas pactuadas.

Merecem comentários o tema afeto ao controle jurisdicional. Alguns doutrinadores entendem que o legislador permitiu ao juiz poderes que extravasam o âmbito funcional e que ferem diretamente o sistema acusatório, por permitir uma interferência na formulação do acordo que não é própria da competência do Poder Judiciário. Nesse sentido:

Autorizar que o/a magistrado/a encaminhe o acordo para reformulação e recuse a homologação caso não haja adequação é, nitidamente, confundir as funções do órgão acusador e do juízo de garantias. A nosso sentir, a interpretação do dispositivo compatível com a separação de poderes reclama restringir a atividade do Judiciário a homologar ou não o acordo, sempre de forma fundamentada. (ASSUMPÇÃO, 2020, p.83) (grifo nosso)

De maneira ainda mais incisiva, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar rechaçam integralmente todos os dispositivos que possibilitam ao juiz o exercício da função acusatória atinente privativamente ao órgão ministerial.

Os referidos autores (2020) afirmam que o juiz não deve nem pode orientar a atuação do Ministério Público. Em caso de discordância das cláusulas avençadas, independente do motivo, a única postura a ser adotada pelo juiz deveria ser a de simples e pura não homologação

¹⁹ O Ministro Luiz Fux, como relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, ajuizadas contra a Lei n. 13.964/19, suspendeu a eficácia da implantação do juiz das garantias e de seus consectários (arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do Código de Processo Penal).

do acordo, e não a de remessa dos autos ao promotor para reformulação da proposta. Declaram que a interferência do magistrado, nesse contexto, é uma manifesta afronta à estrutura acusatória.

De todo modo, apesar das críticas fundamentadas a respeito do conteúdo normativo do controle jurisdicional, em caso de recusa pelo magistrado à homologação do acordo, poderá o Ministério Público ou o investigado reivindicar a proposta no âmbito do próprio Judiciário. Conforme prevê o art. 581, inciso XXV do CPP, caberá a apresentação de recurso em sentido estrito e, em caso de provimento do recurso, a decisão do tribunal valerá, desde logo, como homologatória do acordo, em interpretação análoga à Súmula 709 do STF²⁰.

3.1.8 Cumprimento (ou Descumprimento) do Acordo

O cumprimento dos termos avençados no Acordo de Não Persecução Penal é pressuposto da extinção da punibilidade, que será decretada pelo juízo competente (art.28-A §13). Em interpretação análoga à Súmula Vinculante 35 do STF²¹, se descumprido o acordo, caberá ao Ministério Público comunicar ao juízo para fins de rescisão e posterior continuidade da persecução penal, com oferecimento da denúncia ou requisição de diligências em investigação.

Importante ressaltar que a competência para a rescisão do acordo e para a decretação da extinção da punibilidade é do juízo competente para a homologação, e não do juízo da execução, em consonância com o Enunciado 28 do CNPG e do GNCCRIM:

Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal.

Apesar de os efeitos diretos do acordo ocorrerem entre o investigado e o Estado, a vítima também é afetada de forma mediata pelo negócio. Portanto, o Código de Processo Penal (art. 28-A §9º) estabelece que a vítima deve ser intimada acerca da celebração do ANPP e de eventual descumprimento.

²⁰ Súmula 709 do STF: salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.

²¹ Súmula Vinculante 35 do STF: a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Embora a redação da norma não enuncie explicitamente sobre a intimação em caso de cumprimento integral ou parcial, plenamente possível afirmar que, da mesma forma que a vítima tem ciência do descumprimento, merece ser intimada no caso de o investigado cumprir com as cláusulas acordadas.

Nem a celebração do acordo nem o cumprimento devem constar nas certidões de antecedentes criminais (art.28-A §12). A exceção será para verificação de o indivíduo já ter sido beneficiado com ANPP, Transação Penal ou Suspensão Condicional do Processo no prazo de 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração atual, conforme anteriormente já esclarecido.

Quanto ao assunto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar expressam significativo descontentamento:

Sabemos que, apesar de não se registrar nas certidões, não raras vezes a informação constrangedora poderá ser encontrada nos sites de busca disponíveis na rede mundial de computadores. O que seria de bom tom que esperássemos do Estado era, ao menos, boa-fé. (TÁVORA; ALENCAR, 2020, p.47)

Por fim, necessário anotar que o §11 do art. 28-A possibilita ao Ministério Público utilizar o descumprimento do acordo como justificativa ao não oferecimento de suspensão condicional do processo. Alguns autores coadunam com a escolha legislativa, como é o caso de Brasileiro (2020), ao afirmar que a ausência de autodisciplina e de senso de responsabilidade pelo investigado no cumprimento das condições avençadas em ANPP provavelmente acarretará em comportamento semelhante em hipótese de suspensão condicional do processo.

Em pensamento dissonante, Dezem, Brasil e Souza (2020) entendem que não é razoável o descumprimento de acordo servir como justificativa exclusiva ao não oferecimento da suspensão condicional do processo. Para eles, tal escolha implicaria em uma revogação tácita do referido instituto negocial, já que o descumprimento das cláusulas avençadas no acordo ensejaria que jamais fosse ofertada a suspensão condicional do processo.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CASOS CONCRETOS

4.1 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Os crimes contra o patrimônio dispostos no Código Penal ou aqueles inseridos na Lei n. 11.343/06 – Lei de Drogas – são os de maior incidência no país²². Delitos que envolvem tráfico de drogas, furto e receptação, classificados como de menor potencial ofensivo, são os responsáveis pelo maior número de prisões em flagrante, pelo menos no estado de São Paulo²³.

De outra forma, crimes contra a Administração Pública do Código Penal e crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – dispostos na Lei n. 7.492/86 – compreendem apenas o número aproximado de 6% (seis por cento) do total de tipos penais praticados²⁴. É possível afirmar, portanto, que crimes de menor potencial ofensivo, como o furto e os relacionados ao tráfico de drogas, são os responsáveis pelo inchaço dos estabelecimentos prisionais no Brasil, tanto em casos de prisões definitivas quanto preventivas²⁵.

Institutos despenalizadores, à exemplo da Transação Penal, da Suspensão Condicional do Processo e, agora, do Acordo de Não Persecução Penal, auxiliam o Estado a desafogar o sistema carcerário, com a imposição de medidas diversas das penas privativas de liberdade. A expressão despenalizar aqui empregada não significa impunidade ou ausência de qualquer aparato punitivo, mas antes uma política de reforma ao sistema penal para a introdução de sanções alternativas à pena de prisão.

Diante desse cenário, foi realizada a análise de casos concretos que envolvem a proposição de Acordos de Não Persecução Penal pelo Ministério Público. A proposta desse trabalho é a observação da forma como esses acordos acontecem na prática, quais as vantagens

²² Conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional, coletados entre janeiro e junho de 2020, dos delitos praticados, os crimes contra o patrimônio correspondem a 38,65% (trinta e oito vírgula sessenta e cinco por cento) e os relacionados a drogas correspondem a 32,39% (trinta e dois vírgula trinta e nove por cento). Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>> Acesso em: 19 abril 2021

²³ O site do G1, após acesso aos dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, informou que que 61% (sessenta e um por cento) de um total de 65.071 pessoas presas em flagrante pela polícia em todo o estado de São Paulo no primeiro semestre de 2018 cometeram crimes não violentos. O percentual abrange os crimes de tráfico de drogas (21.702), furto (13.532) e receptação (4.191). Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/14/61-dos-presos-pela-policia-em-sp-no-primeiro-semester-de-2018-cometeram-crimes-nao-violentos.ghtml>> Acesso em: 19 abril 2021

²⁴ O Departamento Penitenciário Nacional aponta que apenas 0,17% (zero vírgula dezessete por cento) da incidência de delitos corresponde a crimes contra a Administração Pública, enquanto o número para os crimes financeiros, que se enquadram nos crimes de Legislação Específica, representa o número incerto de 6,19% (seis vírgula dezenove por cento). Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>> Acesso em: 19 abril 2021

²⁵ O número de presos sob tutela dos Sistemas Penitenciários é de 702.069 (setecentos e dois mil e sessenta e nove). Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>> Acesso em: 09 maio 2021

(ou desvantagens) para o investigado e para a organização do Estado como ente punitivo, tudo isso em contraposição ao texto literal da lei.

Foram examinados acordos oferecidos pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, mais especificamente no âmbito da Comarca de Uberlândia. Não será realizada uma exposição quantitativa do estudo, porque a metodologia utilizada é destinada a uma consideração qualitativa dos dados coletados. Serão explicados pontos positivos e negativos apresentados pelos casos concretos, a fim de conceber uma conclusão acerca do instituto negocial.

Ademais, serão abordados alguns pontos de dissonância entre a forma de implementação do ANPP e a determinação legal do art. 28-A do CPP, tendo sempre em memória que essa abordagem possui como referência apenas a Comarca de Uberlândia, porque foram examinados acordos somente nessa jurisdição. Portanto, a forma de operação do Ministério Público circunscrito no referido foro não significa a mesma organização do órgão em outros estados.

A lei não dispõe exatamente a circunstância em que ocorrerá o acordo, se o membro do *parquet* deverá encontrar o investigado para apresentar a proposta pessoalmente a ele, se deverá ser designada alguma espécie de audiência para a celebração do acordo. A norma limita-se a dizer que a avença será formalizada por escrito e será firmada pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. Além disso, dispõe que a confissão do delito deve ser formal e circunstanciada, sem expor, contudo, o instrumento adequado utilizado para a formalização dessa confissão.

A leitura sistematizada do art.28-A pode levar à conclusão de que seria marcada uma data pelo órgão ministerial para a apresentação do investigado, junto a seu defensor ou advogado, ocasião em que seria proposto o acordo e, após a confissão do indivíduo sobre o fato infligido a ele, seriam pactuadas todas as condições a serem cumpridas.

Entretanto, nos acordos avaliados, primeiro necessário informar que todos configuraram situações de prisões em flagrante, ou seja, não chegaram a ser objeto de qualquer procedimento investigatório. Em todos os casos em exame, o *parquet* recebeu o Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD) e considerou como confissão formal e circunstanciada o depoimento do preso lavrado no documento. Necessário ressaltar que o indivíduo ainda nem é caracterizado como investigado, porque inexistia investigação.

Foi observado em todos os cenários que após tomar o depoimento no APFD como a confissão do indivíduo, o Ministério Público apresentou o acordo, em que sugeriu algumas condições a serem cumpridas, conforme o tipo de crime cominado. Além disso, o promotor de

justiça reivindicou uma audiência formal com o agente e o defensor ou advogado dele, com o objetivo de formalizar o acordo.

A Defensoria Pública, a depender da complexidade do caso, manifesta-se pela não realização da audiência requisitada pelo Ministério Público ou concorda com a designação da audiência para averiguar as especificidades da situação concreta. Na hipótese de não concordância com a audiência, apresenta desde já um parecer (favorável ou desfavorável) acerca das condições ofertadas no acordo.

Por ser esse um instituto negocial de inovação processual e material, ainda não há diretrizes de organização muito bem definidas pelas instituições acerca da implementação do ANPP. À exemplo, cita-se que atualmente, na Comarca de Uberlândia, todos os acordos oferecidos estão sendo encaminhados à Defensoria Pública de Minas Gerais para realização de parecer, ainda que o preso ou o investigado já tenha constituído advogado particular. O art.28-A, contudo, determina que o investigado deve ser acompanhado de defensor ou, alternativamente, de advogado, sem a necessidade de ambos os profissionais para avaliação dos elementos do acordo.

São essas as considerações gerais anotadas sobre as particularidades e as distinções existentes entre a realidade fática observada no âmbito da Comarca de Uberlândia e o texto abstrato da lei. Mais importante, agora, é a exposição dos casos concretos para a compreensão de como o Acordo de Não Persecução Penal pode gerar efeitos de natureza benéfica, prejudicial ou duvidosa ao indivíduo a depender do contexto em análise.

4.1.1 Benefícios do ANPP

Dos autos de prisão em flagrante explorados, certamente era compensador ao preso a aceitação da proposta de acordo nos crimes de direção alcoolizada (art.306 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB). Explica-se.

O CTB determina que à conduta daquele que conduz veículo automotor com “capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência” deve ser cominada pena abstrata de detenção, de seis meses a três anos, além de multa, suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

De forma diversa, o Ministério Público, em dois dos acordos analisados, propôs condição de prestação pecuniária, no valor equivalente a dois salários mínimos, a ser revertida a entidade de interesse social, que deve ser indicada pela Vara de Execução Criminal (VEC).

Alternativamente, na impossibilidade de cumprimento da primeira condição, ofereceu o *parquet* a oportunidade de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena mínima cominada ao crime, com diminuição fracionada.

Nos casos em que o bem jurídico tutelado é a coletividade, como é a hipótese de crime de trânsito, parece mais favorável o pagamento de uma prestação pecuniária ou a prestação de serviços do que a imposição de uma pena de detenção, além do pagamento de multa e até mesmo a provável suspensão de sua habilitação.

Portanto, eventualmente, à pessoa que estava alcoolizada ou sob efeito de outra substância psicoativa, pode ser mais benéfica a aceitação do acordo, seja após a prisão em flagrante delito ou já no curso da investigação.

Ademais, imprescindível recordar que diante do olhar social é altamente desagradável a pessoa configurar como suspeito/ investigado em um inquérito. Ainda mais estigmatizante é possuir o nome relacionado a um processo criminal, porque o fato de o indivíduo ser caracterizado réu/ acusado em uma ação penal implica, em inúmeras situações, declaração de culpabilidade pela sociedade.

As condições acordadas entre os sujeitos do negócio jurídico não significam a imposição de uma pena em sentido estrito, como se fosse uma pretensão punitiva do Estado. Como explica Suxberger (2017, p.98), “a presença da pena tem por pressuposto a manifestação do *jus puniendi* estatal e este só se concretiza por meio da jurisdição, isto é, por meio da manifestação jurisdicional (...)”.

No delito de direção alcoolizada, no caso em destaque, assim como em outros contextos, pode representar mais benefício ao agente a celebração do acordo em substituição aos aborrecimentos ocasionados por uma ação penal. As medidas avençadas possuem menor impacto social na vida do indivíduo em comparação a eventual pena cominada em uma persecução estatal.

4.1.2 Possíveis Prejuízos do ANPP ao Agente Delitivo

Outro caso analisado revelou uma situação de prisão em flagrante de um indivíduo que praticou o crime de furto contra uma loja atacadista, tendo pegado para si um enxaguante bucal e um condicionador. Lavrado o Termo de Restituição, os bens apreendidos foram restituídos ao mercado, na pessoa do chefe de segurança do estabelecimento, que foi testemunha formal do delito.

O autor do fato, em seu depoimento, declarou manifestamente a prática da conduta e explicou que estava sob efeito de bebida alcoólica quando adentrou o recinto e subtraiu os produtos mencionados. Informou, ainda, que os funcionários do estabelecimento o perseguiram após notarem seu comportamento e o detiveram até a chegada da viatura policial. Portanto, confessou ele formalmente e circunstancialmente a conduta no Auto de Prisão em Flagrante Delito.

O Ministério Público, recebido o APFD e notado a presença aparente dos requisitos para celebração do acordo, apresentou a proposta de acordo ao agente com as condições sugeridas nos seguintes moldes: prestação de serviços à comunidade ou entidade pública por período correspondente a pena mínima do delito, reduzido de 2/3, em local a ser definido pelo Juízo da Execução ou, alternativamente, pagar, a título de prestação pecuniária, o valor de um salário mínimo vigente.

Ressalta-se que o crime de furto está previsto no art.155 do Código Penal e tem como pena abstrata cominada à conduta reclusão de um a quatro anos, e multa.

A Defensoria Pública manifestou-se no sentido de desconsiderar a propositura do acordo por julgar o acontecido um caso de aplicação do princípio da insignificância. Isso significa não que as condições propostas foram desproporcionais ao fato cometido, mas sim que inexistente crime a ser punido. Nesse ponto vale a explicação doutrinária sobre fato típico e princípio da insignificância.

Determinada conduta será enquadrada como crime e, dessa forma, passível de intervenção estatal quando realizado um juízo escalonado de verificação se o ato é típico, antijurídico e culpável. É relevante no momento apenas conceituar minimamente o elemento tipo para a compreensão do caso concreto exposto.

O tipo penal descreve um comportamento proibido por lei. Cada tipo tem um conjunto singular de elementos do fato punível, sendo cada um deles inconfundível e único, com a adequação da conduta que lhes corresponda perfeitamente. Para verificar se determinada ação é emoldurada como infração penal, deve ser realizado um juízo de tipicidade, que, em caso positivo, será a conduta revestida de tipicidade. A tipicidade é caracterizada, portanto, como a adequação do fato praticado à moldura abstrata descrita pela lei (BITENCOURT, 2020).

Conforme ainda expõe Bitencourt (2020, p. 140), “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico”.

O princípio da insignificância é apresentado como uma forma de limitação ao poder punitivo estatal, e tem relação direta com a chamada tipicidade material. Manãs (1994 apud

BITENCOURT, 2020, p.140-141) entende que é um instrumento de interpretação restritiva, com fundamento na concepção material do tipo penal, de forma que é possível descriminalizar condutas que, mesmo consideradas formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

O referido princípio é entendido como a ausência de ofensa material da conduta ao bem jurídico tutelado pela norma. Nas palavras literais de César Roberto Bitencourt:

A insignificância ou irrelevância **não é sinônimo de pequenos crimes ou pequenas infrações, mas se refere à gravidade, extensão ou intensidade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado, independentemente de sua importância.** A insignificância reside na desproporcional lesão ou ofensa produzida ao bem jurídico tutelado, com a gravidade da sanção cominada. [...] É nesse paralelismo — mínima ofensa e desproporcional punição — que deve ser valorada a necessidade, justiça e proporcionalidade de eventual punição do autor do fato. (Bitencourt, 2020, p.142-143) (grifo nosso)

Portanto, o princípio da insignificância permite que determinada conduta, ainda formalmente considerada típica, em razão da ausência de dano à sociedade, tenha sua tipicidade material afastada. Dessa forma, não será o fato tido como uma infração penal.

Em recente decisão em sede de *habeas corpus*²⁶, Cármen Lúcia aplicou o princípio da insignificância a um caso de tentativa furto qualificado²⁷ por um casal em situação de rua. O produto da subtração foi um conjunto de roupa infantil, um creme facial, um shampoo, um sabonete em gel, um pacote de macarrão, um pedaço de bacon e um par de chinelos de borracha, que somaram a quantia de R\$ 155,88 (cento e cinquenta e cinco reais e oitenta e oito centavos). O casal recebeu pena de reclusão de quatro meses e aplicação de multa.

A Ministra entendeu que nos meios utilizados para a realização do delito não houve violência ou ameaça à integridade física de funcionários e dos seguranças do supermercado. Ademais, afirmou que o direito penal possui caráter subsidiário e que, por esse motivo, o poder punitivo do Estado não deve ser concretizado no caso, em razão da vulnerabilidade social e econômica dos agentes.

Por fim, em suas palavras, afirmou que “o objeto material dos delitos patrimoniais, (...) na espécie vertente, não desfalcou ou reduziu o patrimônio da vítima nem ampliou o acervo de bens dos recorrentes”, o que ratifica o conceito de que o princípio da insignificância é aplicado em situações em que não há lesão ao bem jurídico tutelado.

²⁶ A decisão foi proferida em 14/04/2021 em Recurso Ordinário no *habeas corpus* nº 196.850/SC em 8/9/2020.

²⁷ Conforme o art. 155, inciso IV do Código Penal, será considerado qualificado o furto mediante concurso de duas ou mais pessoas, com pena abstrata de dois a oito anos de reclusão e multa. Na hipótese de crime tentado, o art. 14, inciso II do CP estabelece que a conduta é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

O caput do art.28-A estabelece que somente poderá ser apresentado o Acordo de Não Persecução Penal se não for caso de arquivamento dos autos de inquérito. Nos casos em que manifestamente se aplica o princípio da insignificância, em razão da ausência de tipicidade material, deve o Ministério Público abster-se de oferecer a denúncia e arquivar os autos de inquérito ou o Auto de Prisão em Flagrante Delito. Da mesma forma, inexistente motivo para o oferecimento do acordo, porque sequer foi verificada a existência do delito e, assim, falta um dos requisitos para a avença, que é a própria existência de um delito.

No caso destacado, o bem jurídico atingido não alcançou materialidade significativa para o direito a ponto de aplicar à ação praticada algum tipo de pena determinada por lei. Além de a coisa material não ter apresentado importância considerável à sociedade, ainda houve a devida restituição àquele que foi supostamente prejudicado pela conduta.

A situação exposta revela, portanto, outra faceta apresentada pelo Acordo de Não Persecução Penal, em que a hipótese de sua aplicação pode ocasionar em prejuízo ao agente. A insignificância sequer significa existência do crime, então, não merece o indivíduo cumprir qualquer condição oferecida no acordo.

4.1.3 Caso Contraditório

A pessoa que faz uso de documento público falso tem sua conduta, a depender de sua intenção, tipificada no art. 304 cumulado com art. 297, ambos do Código Penal. A referida lei penal estabelece que a utilização de papel de natureza pública²⁸ falsificado ou alterado tem como pena abstrata reclusão de dois a seis anos, além da pena de multa.

Em um dos casos examinados, o indivíduo foi preso em flagrante portando habilitação falsa e em seu depoimento afirmou que, diante da necessidade de renovação de seu documento, realizou a troca com um terceiro, a quem pagou a quantia aproximada de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Não esclareceu, portanto, se possuía intenção na realização da conduta ou até mesmo se possuía conhecimento da falsidade do documento.

O Ministério Público, após recebimento do APFD, mesmo inexistente a confissão do delito de forma circunstanciada, propôs o acordo. As condições elencadas foram a de prestação pecuniária, no valor equivalente a dois salários mínimos, a ser revertida a entidade de interesse

²⁸ (CP) art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: (...) § 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

social, a ser indicada pela Vara de Execução Criminal. De forma alternada, ofereceu a prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena mínima cominada ao crime, reduzida de 1/2.

A doutrina afirma que o elemento subjetivo do tipo penal uso de documento falso exige intenção dolosa por parte do agente. Assim, se verificado que a pessoa fez uso de uma carteira de habilitação falsa, mas pressupôs que o documento era legal e válido, por ter sido ela vítima de golpe praticado por associação criminosa, não deve ela ser responsabilizada pelo delito descrito no art. 304 do Código Penal. Isso porque ela incorreu em erro de tipo, o que afasta o dolo e, por consequência, o delito cominado. (GRECO, 2017)

Essa situação concreta configura uma hipótese em que não existe resposta imediata para aconselhar o indivíduo à recusa ou ao aceite da proposta de ANPP. O caso demanda análise mais profunda dos elementos atinentes ao tipo penal e ao contexto exposto. Independente do fato de a pessoa possuir cognição a respeito da falsidade do documento que portava, o Ministério Público precisa reunir provas contundentes para comprovar a existência do elemento subjetivo.

É um caso em que possivelmente compensa o risco do ajuizamento de uma ação penal, porque, a depender do conjunto probatório, nada ficará confirmado sobre o conhecimento do agente acerca da natureza falsa do documento que portava. No mesmo sentido, Aras (2020, p.141 afirma que “levando isto em conta, diante do cenário probatório, pode interessar ao acusado resistir à pretensão punitiva ou pode parecer-lhe mais conveniente e oportuno conformar-se, mediante a celebração de acordos penais ou de ajustes processuais”.

O agente, no caso exposto, afirmou não ter conhecimento de que o documento que portava possuía natureza falsa. A situação concreta pode representar, então, trabalhosa produção de provas pelo promotor de justiça na pretensão de condenar o suposto infrator, porque será necessária a comprovação do elemento subjetivo do tipo para a caracterização do ilícito penal.

4.2 MITIGAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Independente dos efeitos produzidos ao investigado e ao Estado, os casos aqui apresentados representam uma direta mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, em razão da ausência do ajuizamento de ação.

Necessário reprimir que o Acordo de Não Persecução Penal não é uma espécie de processo criminal. Pelo contrário, é justamente um instituto consensual alternativo à

imperatividade da ação penal. Portanto, naturalmente, a celebração do acordo não comporta a observação aos princípios constitucionais e processuais inerentes ao processo judicial criminal.

Princípios relevantes e marcantes para o processo penal foram detalhados no capítulo dois, enquanto o capítulo três apresentou o estudo do Acordo de Não Persecução Penal e, agora, nesse capítulo, diferentes acordos foram analisados por meio de casos concretos.

A construção de todas essas abordagens permite afirmar que o ANPP não veio em substituição ao processo penal, isso porque são procedimentos diversos aplicados a situações concretas distintas. A escolha pelo Ministério Público a uma justiça negocial não deve significar a exclusão do ordenamento jurídico do princípio da obrigatoriedade, que permeia as ações penais públicas. Rodrigo Leite Ferreira Cabral muito bem elucida essa reflexão:

A obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade.

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, 2017, p. 40-41)

Alguns autores rechaçam totalmente a existência do Acordo de Não Persecução Penal, com base no argumento de que a ausência de um devido processo legal pode ocasionar injustiças e prejuízos ao imputado. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar defendem que o instituto introduzido pela Lei Anticrime é totalmente inconstitucional e que fere diretamente o princípio da obrigatoriedade da ação penal, conforme explicam:

A introdução desse mecanismo significa grande desastre em nosso sistema. Somos, portanto, filiados a corrente que entende que não deve haver acordo de não propositura de denúncia entre Ministério Público e acusado, eis que a ação penal é imperativa. [...] Infelizmente, enxergamos que o pano de fundo do anteprojeto é econômico, mais uma vez. (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p.43)

Inicialmente, pode até parecer que os juristas adotam uma postura punitivista, contudo, a justificativa para tamanha contrariedade ao instituto é de que os elementos inseridos na norma do art.28-A não foram sistematizados em conformidade ao Código de Processo Penal e que seus enunciados representam um conjunto de constrangimentos ao imputado para aceitar a celebração do acordo. (TÁVORA; ALENCAR, 2019)

Contrariamente, Aury Lopes adota uma postura positiva ao afirmar que o Acordo de Não Persecução Penal é um poderoso instrumento de negociação processual, em que é necessária a adoção de uma lógica negocial, com estratégia e análise acerca do melhor momento para o oferecimento do contrato. (LOPES JÚNIOR, 2020). Vladimir Aras defende que a escolha

do Ministério Público pela não persecução um mecanismo de política criminal a auxiliar no contexto de insuficiência de recursos públicos:

Não proceder é uma prerrogativa do Ministério Público, como consequência do direito privativo de ação penal pública, previsto no art. 129, I, da Constituição, e é **uma ferramenta de política criminal, vocacionada para a implementação de soluções para uma parcela significativa do fenômeno criminal, diante de recursos estatais escassos**. (ARAS, 2020, p.147) (grifo nosso)

Da mesma forma, Renato Brasileiro elenca vários fatores que justificam a criação desse instituto negocial, dispostos a seguir:

a) exigência de **soluções alternativas no processo penal** que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) **minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral**, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais. (BRASILEIRO, 2020, p. 275) (grifo nosso)

A ausência de uma persecução por meio de um procedimento judicial também atenua a existência de um devido processo legal e, por consequência, o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O acordo inserido pelo Pacote Anticrime visa justamente a não judicialização de causas que podem ser solucionadas sem a instauração de um conflito no âmbito judicial.

Não há nesse instituto negocial a formalização de um processo, porque sequer o Ministério Público ajuíza a ação por meio da denúncia, tampouco a aplicação de uma pena, que é própria de um julgamento judicial. Conforme acentua Vladimir Aras,

Os acordos regulados pelo art. 28-A do CPP e pelo art. 18 da Resolução CNMP 181/2017 não são exatamente ajustes para fins *penais*, já que não impõem penas. Não havendo acusação criminal (denúncia), não há processo penal em sentido estrito. Logo, não há nem pode haver pena, pois não há julgamento, sequer na forma de *juicio abreviado*. Tampouco há *sentencing*, etapa que se segue à formalização e confirmação de um *plea bargain*. (ARAS, 2020, p. 140) (grifo do autor)

O devido processo legal é, portanto, discutido e colocado em pauta quando, de fato, existe uma persecução criminal ao acusado em que o julgador precisa contemplar rigorosamente as garantias do contraditório e da ampla defesa para assegurar ao réu um justo e legal julgamento.

O texto constitucional assegura ao indivíduo o devido processo legal nos casos de privação de liberdade e de bens e garante, ainda, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral os princípios do contraditório e da ampla defesa. É patente que o compromisso com os princípios constitucionais mencionados somente deve ocorrer na hipótese de um procedimento judicial.

O Acordo de Não Persecução Penal possui natureza evidentemente extrajudicial, ou seja, não adentra a seara de qualquer ação penal. Dessa forma, ainda que o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa sejam mitigados com a celebração de um negócio jurídico consensual, não existe prejuízo ao investigado em sentido formal:

[...] o processo penal contemporâneo demanda a **simplificação de certos procedimentos e a adoção de saídas abreviadas, que sirvam de alternativa ao processo penal tradicional**, marcado pelo conflito, pela tardança e pela restrição ou violação de direitos de vítimas e acusados. De um lado, a impunidade; do outro a ofensa a direitos fundamentais no sistema prisional. (ARAS, 2020, p.147) (grifo nosso)

Nos diferentes casos concretos expostos nesse capítulo, eventual celebração do acordo poderia gerar ao investigado efeitos benéficos, prejudiciais ou, até mesmo, de caráter duvidoso. Então, o aceite pelo indivíduo à realização do acordo dependerá da análise dos requisitos, das condições e dos impedimentos para a formalização do ANPP. Não dependerá se ocasionalmente terá ele acesso ao contraditório ou à ampla defesa, porque sequer existe acusação, persecução, colhimento de provas.

O que se deseja demonstrar é que a aplicação de acordos, por não ensejarem uma punição estatal e uma observação obrigatória da instauração de um processo criminal, vai de encontro à observação aos princípios constitucionais reportados. Contudo, isso não significa um prejuízo ao investigado, porque eventual malefício ocasionado pela proposição do acordo será avaliado por meio dos próprios elementos que constituem o negócio jurídico.

5 CONCLUSÃO

Quando casos com grande apelo midiático não são solucionados ou não apresentam o resultado esperado pela população, que quase sempre roga por sentença de condenação, diz-se com precisão que o Brasil é um país de impunidades. Essa súplica pela vingança penal ocorre principalmente em situações de crimes hediondos, como os de homicídio e de estupro, e em delitos que atingem toda a coletividade, como os de corrupção e os financeiros.

O conteúdo dessa célebre frase popular requer atenção. Não se pode afirmar que o Brasil é um país de impunidades, porque um sistema penal não pode ser impune e ao mesmo tempo apresentar a terceira maior população carcerária do planeta Terra.

Não é necessária uma análise profunda das informações apresentadas no capítulo anterior relativos aos crimes de maior incidência no país para concluir que o que ocorre, na verdade, não é ausência de punição, mas um punitivismo seletivo. O Estado seleciona os fatos que são considerados de averiguação mais breve e de menor complexidade probatória para realizar a persecução.

Os crimes contra a pessoa e contra a dignidade sexual são responsáveis, em geral, por ocasionarem maior comoção popular, mas também demandam maior complexidade de construção probatória em um processo. Da mesma forma, crimes financeiros e crimes como corrupção e lavagem de dinheiro causam elevado incômodo e revolta na sociedade, contudo, por razões econômicas e políticas, são menos perseguidos pelos órgãos estatais.

A grosso modo, pessoas com poder econômico no país dificilmente são alvo de uma dura persecução penal e, mais raro ainda, recebem condenações com penas elevadas, até porque a própria legislação apresenta penas bases diminutas para esses ilícitos penais.

Urge a necessidade de que a sociedade e o Estado ponderem melhor quais condutas efetivamente merecem uma dura persecução penal e quais podem ser melhor repreendidas por meio de uma justiça negocial.

É importante construir uma análise crítica no sentido de que ser favorável e defender políticas despenalizadoras em relação a determinadas condutas significa pensar em uma política criminal para redução de gastos públicos e de danos aos entes estatais e ao indivíduo.

A condenação de uma pessoa não produz despesas somente no que diz respeito à infraestrutura dos estabelecimentos prisionais. A prisão de uma pessoa requer a existência de um juiz para julgar, de um promotor de justiça para acusar, de um defensor público para defender e de outro juiz para executar a pena. A prisão de uma pessoa requer custos estatais com a criação não apenas dos mencionados cargos, mas também para os agentes penitenciários,

para os diretores e para todos os outros funcionários responsáveis pela organização interna de uma cadeia.

Além do imenso custo estatal dispendido com segurança pública para esse setor, a perpetuação desse ideal de que a privação da liberdade é a solução para o fim do problema tem, em verdade, ocasionado o aumento do problema. As cadeias no Brasil produzem um efeito inverso ao que aspira a teoria dos fins da pena. De nada tem adiantado o aumento de prisões para retribuir e prevenir as práticas criminosas, porque o número de prisões é diretamente proporcional às condutas delitivas, sobretudo nos grandes centros urbanos.

Cerca de vinte anos de experiência direta com presos no Carandiru (São Paulo) e na Penitenciária do Estado (São Paulo) rendeu a Drauzio Varella a elaboração de alguns livros referentes ao assunto, como Estação Carandiru, Prisoneiras e Carcereiros, todas utilizadas para estudo no presente trabalho.

Nas obras, ele explica que o surgimento e a expansão do crime organizado são provenientes do massivo encarceramento de pessoas que praticaram crimes altamente reprováveis pela sociedade, mas também daqueles indivíduos que suas condutas não atingiram bem jurídicos capazes de causar grandes males ao meio social.

Iniciar uma persecução penal sobre toda e qualquer conduta reprovada pelo ordenamento jurídico e sob a justificativa de respeito irrestrito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal parece uma alternativa ultrapassada. Em nada tem auxiliado para a resolução do grande problema da criminalidade. Contrariamente, tem contribuído com ele. Ademais, conservar e reproduzir uma conduta altamente penalizadora gera uma elevada despesa pública, que, no fim das contas (literalmente), quem custeia é a própria sociedade.

Esse estudo se propôs, a princípio, a realizar uma análise comparativa entre os pormenores apresentados por um processo criminal judicial e os requisitos exigidos para celebração do acordo, bem como as condições acordadas e impostas ao investigado. Com o exame de casos concretos, foi possível coletar informações de que o Acordo de Não Persecução é uma medida alternativa ao Estado e ao indivíduo.

O direito penal não é e não deve servir ao interesse apenas da coletividade, mas também ao interesse do sujeito em sua individualidade. Celebrar um acordo, que não possui natureza judicial, mas extrajudicial, pode significar para o investigado um alívio e uma evasão ao tortuoso processo criminal a que poderá ser submetido.

O Acordo de Não Persecução Penal, apesar de todas as suas falhas e das críticas que devem ser levantadas e apontadas contra seus elementos, merece espaço significativo em nosso ordenamento. A ampliação de políticas criminais despenalizadoras são urgentes no Brasil, não

somente para o desabastecimento dos estabelecimentos prisionais, mas também para demonstrar que um ilícito não é reprovado apenas por meio da privação da liberdade do infrator ou de qualquer tipo de sanção-pena.

REFERÊNCIAS

- ARCOVERDE, L.; PERRONI, A. **61% dos presos em flagrante em SP no primeiro semestre de 2018 cometeram crimes não violentos**. G1 – Globo, São Paulo, 14 set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/14/61-dos-presos-pela-policia-em-sp-no-primeiro-semester-de-2018-cometeram-crimes-nao-violentos.ghtml>. Acesso em: 19 abr. 2021.
- ASSUMPÇÃO, V. **Pacote Anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019**. São Paulo. SaraivaJur. 2020.
- BARROS, F. D.; CABRAL, R.L.; CUNHA, R.S.; SOUZA, R. **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP**. Salvador. JusPODIVM. 2018.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 26 ed. São Paulo. SaraivaJur. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. DECRETO-LEI N. 3.689 de 3 out.1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, set 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 2 fev. 2021.
- BRASIL. DECRETO-LEI N. 2.848 de 7 dez.1940. **Código Penal**. Brasília, DF, set 2020. Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 fev. 2021.
- BRASIL. LEI N. 13.964 de 24 de dez. 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, set 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 2 fev. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no habeas corpus 575395/RN*. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATUREZA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 14 set. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc575395&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 17 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em habeas corpus n. 196.850/SC*. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO PRIVILEGIADO TENTADO. CONCURSO DE PESSOAS. RÉUS PRIMÁRIOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO. RESTITUIÇÃO DOS BENS À VÍTIMA. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. IRRELEVÂNCIA PENAL. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA. ABSOLVIÇÃO. Relatora: Min. Cármen Lúcia, DJe 16 abr. 2021. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346177777&ext=.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 35*. A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. Sessão Plenária de 16/10/2014. DJe nº 210 de 24/10/2014, p. 1. DOU de 24/10/2014, p. 1. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula786/false>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 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. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária de 03/12/1969. DJ de 10/12/1969, p. 5933; DJ de 11/12/1969, p. 5949; DJ de 12/12/1969, p. 5997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 709*. Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária de 24/09/2003. DJ de 09/10/2003, p. 6; DJ de 10/10/2003, p. 6; DJ de 13/10/2003, p. 6. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula709/false>. Acesso em: 17 maio 2021.

BONATO, G. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003.

CAVALCANTE, A.C. *et al.* **Lei Anticrime Comentada**. São Paulo. JH Mizuno. 2020.

CUNHA, R.S. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador. Editora JusPODIVM. 2020.

DEZEM, L.; SOUZA, L. **Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo. RT. 2005.

INFOPEN. PRESOS EM UNIDADES PRISIONAIS DO BRASIL. Publicado em 25 jun. 2020. Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 09 maio 2021.

LEBRE, M. **Pacote Anticrime: anotações sobre os impactos penais e processuais**. Curitiba: Editora Aprove. 2020.

LEITE, R. **O acordo de não persecução penal retroage para alcançar os processos em curso? E até qual momento essa retroatividade deve incidir?** Meu site jurídico, 21 out. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/10/21/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-retroage-para-alcancar-os-processos-em-curso-e-ate-qual-momento-essa-retroatividade-deve-incidir>. Acesso em: 17 maio 2021.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8 ed. Salvador. JusPODIVM. 2020.

LIMA, R. B. **Pacote Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo**. 1 ed. Salvador. JusPODIVM. 2020.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2020.

LOPES JR, A. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUI, Fernanda Flório. *O acordo de não persecução penal e a mitigação do princípio da obrigatoriedade*. Conteúdo Jurídico. Brasília. 17 maio 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53347/o-acordo-de-no-persecuo-penal-e-a-mitigao-do-principio-da-obrigatoriedade>. Acesso em: 15 abr. 2021.

GIACOMOLLI, N.J. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014.

GONÇALVES, V.; LENZA, P. (coord.); REIS, A. **Direito Processual Penal Esquemático**. 1 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. 19 ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2020.

MAZILLI, H. N. *O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público*. Artigo – Revista *Justitia* do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 197, p. 287-292, Jul-Dez, 2007.

METZKER, D. **Lei anticrime: comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento**. 1 ed. Timburi. Cia do eBook. 2020.

NORONHA, M. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. São Paulo. Saraiva. 2002.

NUCCI, G. **Código de Processo Penal Comentado**. 19 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2020.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 24 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2020.

POLI, C. *O contraditório como elemento essencial do processo*. Artigo – Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, vol. 6, n. 11, p. 442-458, Jul.-Dez, 2014.

ROSMAR, A.; TÁVORA, N. **Comentários ao Anteprojeto de Lei Anticrime**. Salvador. JusPODIVM. 2019.

Superior Tribunal de Justiça. **Sexta Turma não admite retroação do acordo de não persecução penal se a denúncia já foi recebida**, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19032021-Sexta-Turma-nao-admite-retroacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-se-a-denuncia-ja-foi-recebida.aspx>. Acesso em: 17 maio 2021.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal*. 2017. 16f. Artigo – Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, GO, 2017.

VARELLA, D. **Carcereiros**. 1 ed. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

VARELLA, D. **Estação Carandiru**. 1 ed. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

VARELLA, D. **Prisioneiras**. 1 ed. São Paulo: Companhia das letras, 2017.