
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CONSENSO COMO REALIDADE NO PROCESSO PENAL

CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT AND THE CONSENSUS MODEL AS A REALITY IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS

Recibido: 10 de agosto de 2023

Aceptado: 15 de septiembre de 2023

Stephanie Carolyn Pérez¹

1 Estudiante del Programa de Doctorado en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires - Argentina. Magíster y diplomada en Derecho, Pontificia Universidade Católica de São Paulo – Brasil. Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Ejecución Penal en los cursos de grado y posgrado. Abogada. Correo electrónico: stephanie_carolyn@hotmail.com

Resumo

Em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime”. Resultado do Projeto de Lei nº 882/2019, referida lei buscou conferir tratamento mais severo e efetivo contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência contra a pessoa, promovendo significativas alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e em diversas leis penais especiais. Dentre todas as alterações promovidas, merece destaque a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal, criando o chamado Acordo de Não Persecução Penal (“ANPP”), um importante instrumento de consenso que trará importantes alterações especialmente na forma como o processo penal passará a ser visto a partir de agora.

O objetivo deste artigo é, em um primeiro momento, analisar as características deste instituto, e ao mesmo tempo, propor reflexões sobre a possibilidade da existência do consenso no processo penal, adotando para tanto o método indutivo. O que se pretende não é apenas possibilitar ao leitor o conhecimento deste novo instituto e de suas principais características e requisitos, mas também, criar novos enfoques e debates construtivos acerca do tema, principalmente em razão da atualidade e importância do assunto.

Palavras chave: anpp. Justiça penal negocial. Consenso. Lei anticrime.

Abstract

On December 24, 2019, was published Law No. 13.964/2019, known as “Anticrime Law”. Result of Bill No. 882/2019, this law aims to provide more severe and effective treatment against corruption, organized crime and crimes involving the use of violence against a person, promoting significant changes in the Penal Code, in the Criminal Procedure Code, Criminal Enforcement Law and in special criminal laws. Among all the changes promoted, worth to mention the introduction of article 28-A in the Criminal Procedure Code, creating the Criminal Non-Prosecution Agreement (“ANPP”), an important consensus instrument that will bring important changes, especially by how criminal proceedings will be seen from now on.

The objective of this article is, at first, to analyze the characteristics of this institute, and at the same time, to propose reflections to the possibility of the existence of consensus in the criminal proceedings, adopting the inductive method. What is intended is to enable the reader to get to know this new institute and its main characteristics and requirements, but also to create new approaches and constructive debates on the theme, mainly due to the novelty and importance of the subject.

Key words: criminal anpp. Negotiation of criminal justice. Consensus model. Anticrime law.

Introdução

Em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime”. Buscando conferir tratamento mais severo e efetivo contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência contra a pessoa, referida lei promoveu importantes e significativas alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e em diversas leis penais especiais.

Se por um lado o objetivo da lei foi o recrudescimento no tratamento dado à criminalidade organizada por meio de maior rigor legislativo, por outro lado, a lei buscou conferir tratamento mais célere e brando aos crimes cometidos sem violência e sem grave ameaça à pessoa, evitando assim o processo e o encarceramento do autor do crime, por meio da criação do Acordo de Não Persecução Penal (“ANPP”).

Em linhas gerais, o Acordo de Não Persecução Penal é um negócio jurídico decorrente de uma opção de política criminal para solucionar processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas. Trata-se de acordo celebrado entre o Ministério Público, representado pelo promotor de justiça e o autor do fato delituoso, devidamente assistido por seu defensor, por meio do qual o autor do fato confessa formal e circunstancialmente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade em troca do compromisso do Ministério Público de não oferecer denúncia contra o autor do fato. Ao contrário do que se disse quando da publicação da lei, no sentido de que o Acordo de Não Persecução Penal estaria revolucionando e inovando no processo penal, não se trata propriamente de uma novidade. O que o acordo fez foi, na verdade, ampliar o espaço de consenso dentro do processo penal, especialmente para infrações penais de média e pequena gravidade.

Premissas iniciais sobre o Anpp

Antes de analisarmos os aspectos, características e requisitos do Acordo de Não Persecução Penal é fundamental tecermos breves comentários, a fim de introduzir o leitor no tema que será objeto deste estudo. Para tanto, será utilizado o método indutivo.

Começemos falando sobre o *jus puniendi* do Estado. Sabemos que uma vez praticada uma infração penal, nasce para o Estado o direito de punir o autor do delito, por meio do ajuizamento de uma ação penal, respeitando todos os direitos e garantias processuais do acusado, tais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e a presunção de inocência. Aplica-se, assim, o princípio da obrigatoriedade da ação penal nos casos de ação penal de natureza pública, seja ela condicionada ou incondicionada. Por força deste princípio, diante da notícia de que foi praticada uma infração penal, o órgão do

Ministério Público, por meio do promotor de justiça, tem o dever legal e funcional de oferecer denúncia, desde que esteja diante de fato típico, antijurídico e culpável, que estejam presentes as condições para o exercício da ação penal e que exista a justa causa para o oferecimento da denúncia, ou seja: indícios de autoria e prova da materialidade delitiva. Podemos encontrar a previsão deste princípio no artigo 24 do Código de Processo Penal².

Esta é uma primeira característica importante do Acordo de Não Persecução Penal: a celebração do acordo permite na prática, uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois apesar de possuir os requisitos e pressupostos necessários para o oferecimento da denúncia, o próprio artigo 28-A do Código de Processo Penal permite uma flexibilização da aplicação do referido princípio, permitindo que o promotor de justiça deixe de oferecer a denúncia. Na prática, essa mudança permite que as autoridades de persecução penal dediquem e utilizem o seu tempo para casos que sejam realmente importantes, evitando que seja perdido tempo com o que não é relevante.

Infelizmente o Estado não tem condições de aplicar o processo penal democrático, amplo e garantista a todas as infrações penais praticadas. Isso demandaria tempo, mão de obra especializada, incluindo juízes, promotores, delegados, equipes de investigação e diversos outros recursos que lhe são escassos. Neste cenário, surge o Acordo de Não Persecução Penal como alternativa para simplificar o procedimento de persecução penal e abreviar sua solução, na medida em que nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o acordo será cabível para infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça à pessoa e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Percebe-se que o filtro criado pela lei permite que infrações com pena mínima inferior a 4 anos sejam solucionadas por meio do consenso, evitando assim o ajuizamento de ações penais que somente irão afogar o Poder Judiciário e trazer ainda mais morosidade ao já precário e lento sistema de justiça criminal.

O acordo representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos realmente mais graves.

Ainda sobre o exercício do *jus puniendi* estatal, vale destacar que estamos acostumados com o modelo tradicional do devido processo legal, com todas as garantias e direitos que lhe são inerentes. Além disso, neste modelo tradicional, temos um juiz ativo e participativo na relação jurídica processual, bem como um antagonismo evidente das partes (acusação e defesa). No modelo proposto pelo Acordo de Não Persecução Penal esse modelo tradicional do devido processo legal é deixado de lado, para entrar em cena um modelo de justiça negocial e consensual baseado na autonomia da vontade e na boa-fé das partes. Além disso, o papel exercido pelo juiz nesse novo modelo é

2 Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

essencialmente distinto daquele exercido no processo tradicional, pois como veremos em momento oportuno, a função do juiz é apenas e tão somente fiscalizatória. A função desempenhada das partes também é essencialmente distinta nestes dois modelos, já que no modelo consensual há maior protagonismo das partes que exercem amplamente sua autonomia da vontade. Assim, o Acordo de Não Persecução Penal traz efetivamente significativas alterações quanto ao modo de atuação dos sujeitos processuais.

A negociação no processo penal

Quando a Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19) foi publicada, em 24.12.2019, muito se disse sobre uma revolução no processo penal, pois estaria o novo artigo 28-A do Código de Processo Penal inovando no sistema jurídico ao permitir o acordo no âmbito do processo penal. Com todo o respeito aos que sustentaram e sustentam tal posição, não foi, na verdade, o que ocorreu. O Acordo de Não Persecução penal não trouxe nenhuma novidade no campo da negociação em âmbito penal. Isso porque desde 1988 o nosso sistema constitucional já permitia a possibilidade de transação dentro do processo penal, em seu artigo 98, inciso I da Carta Constitucional, que previu a criação dos juizados especiais criminais para o processo e julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, permitindo ainda, a transação penal para solução de tais conflitos.

Pouco depois, em 26.09.1995, foi publicada a Lei nº 9.099, a chamada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que regulamentou a previsão constitucional do art. 98, inciso I, acima citado, introduzindo elementos de consenso no processo penal, por meio dos institutos da composição civil (art. 74), transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89). Sobre o tema, GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

Em diversos países, criaram-se vários instrumentos de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir. No Brasil, com a inserção do art. 28-A, atingimos cerca de quatro oportunidades para evitar a aplicação (ou do cumprimento) da pena, mediante certos requisitos e determinadas condições: a) um dos instrumentos mais antigos é a suspensão condicional da pena (*sursis*), que hoje perdeu o sentido pois a maioria dos condenados têm preferido o regime aberto – onde cumprem prisão albergue domiciliar, sem qualquer vigilância; b) transação, autorizada pela Constituição Federal (art. 98, I) exclusivamente para infrações consideradas pela lei como de menor potencial ofensivo (hoje, aqueles delitos cuja pena máxima não ultrapassa dois anos ou seja contravenção penal); c) suspensão condicional do processo, voltado a crimes cuja pena mínima é de um ano (art. 89, Lei 9.099/95); recebe-se a denúncia e suspende-se o feito; cumpridas as condições, julga-se extinta a punibilidade; d) atinge-se agora o acordo de não persecução penal, que haverá de funcionar antes do ingresso da ação penal em juízo, mas também não envolve uma transação, pois esta somente para delitos de menor potencial ofensivo. É indiscutível ter sido perspicaz, não nomeando esse novo instituto de *plea bargain*, conferindo-lhe o caráter de acordo definitivo, sem o devido processo legal, pois seria questionada a sua constitucionalidade.

Essa reforma atenua, ainda, mais o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, mas é o reflexo da nova política criminal assumida por diversas nações, da qual não deveria ficar por fora a legislação brasileira. (NUCCI, 2020,p. 59.)

Alguns anos depois, em 02.08.2013, foi publicada a Lei nº 12.850, a chamada “Lei da Organização Criminosa,” que em seu artigo 3º-A prevê o instituto do acordo de colaboração premiada, negócio jurídico processual voltado para a obtenção de prova. Trata-se, portanto, de importante instrumento de obtenção de prova que se materializa por meio da celebração de um negócio jurídico processual (acordo) que permite às partes (Ministério Público e defesa) a negociação quanto aos benefícios que serão concedidos ao colaborador, dentre os quais estão, por exemplo, a possibilidade que tem o juiz de aplicar o perdão judicial ou redução de pena em até 2/3 (art. 4º da Lei nº 12.850/13)³.

A transação penal e a suspensão condicional do processo buscam abreviar o tramite processual por meio do consenso e ao mesmo tempo, evitar que este processo seja instaurado e siga o seu longo e demorado percurso, ao passo que a colaboração premiada é um instituto negocial que busca auxiliar o Estado na investigação de crimes cometidos por organizações criminosas. Seja qual for o instituto, é possível extrair ao menos duas características comuns a todos eles: o objetivo de cada um destes institutos é abreviar o trâmite processual e sem dúvidas, evitar o ajuizamento da ação penal, seja como forma de evitar a estigmatização do acusado ou ainda como forma de evitar o sobrecarregamento do sistema de justiça penal.

Quando uma ação penal é ajuizada, diversas consequências negativas podem ser verificadas com relação ao acusado, ainda que se trate de uma infração de menor potencial ofensivo. Ninguém quer ou gosta de ter o seu nome vinculado a um processo penal. Além do estigma negativo causado automaticamente pelo ajuizamento de uma ação penal, temos diversas questões que devem ser consideradas quando se está diante de um processo criminal: o tempo de sua tramitação, o desgaste que as autoridades envolvidas na persecução penal têm com cada caso ajuizado, a segregação, o preconceito e a discriminação social do acusado, dificuldade de reinserção em sua comunidade social, os efeitos deletérios de uma eventual sentença penal condenatória aplicada, a superlotação carcerária, entre outros. É por isso que desde 1988 nosso sistema jurídico permite a justiça negocial como uma forma de solucionar os conflitos penais por meio do consenso, evitando, sempre que possível, o ajuizamento de ação penal, buscando simplificar o procedimento de persecução penal, abreviando a sua solução e ao mesmo tempo permitindo que as autoridades de persecução penal utilizem o seu tempo para casos que sejam realmente importantes.

3 Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

A justiça penal negocial representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal mais eficiente, com uma escolha mais inteligente e segura das prioridades, levando-se a julgamento apenas aqueles casos verdadeiramente graves. É uma realidade que veio para ficar.

Não percamos de vista que o Estado não tem condições e estrutura para aplicar o processo penal amplo e garantista a todos os tipos de infração penal. Não há como investigar e processar tudo. Nesse sentido, ANTONIO SCARANCE FERNANDES afirma que:

(...) Na prática, em grandes centros é praticamente impossível que de todo crime seja iniciado processo, o que, se ocorresse, representaria o caos em uma Justiça já travancada; é comum, em casos de lesão de pequena intensidade ao bem jurídico, ser pedido arquivamento de inquérito como beneplácito do Poder Judiciário, invocando-se muitas vezes razões até de política criminal ou fundamentando-se o requerimento justamente na pouca relevância do fato. (FERNANDES, 2007, p. 213/214.)

Nesta linha de raciocínio, é importante destacar que a justiça penal negocial não significa, ao contrário do que muitos entendem, que o Estado está abrindo mão de exercer o seu *jus puniendi*. Na realidade o que ocorre é uma proposta de acordo por parte do Ministério Público, por meio da qual é oferecida ao acusado a possibilidade de cumprir uma medida alternativa, não privativa de liberdade, em troca de não responder a um processo penal. Uma vez aceita a proposta, não haverá oferecimento de denúncia e uma vez cumprida a medida alternativa, será declarada extinta a punibilidade do autor do fato, sem importar em reincidência e sem que exista qualquer tipo de antecedente criminal. Substitui-se, assim, o embate formal em juízo, típico do processo penal tradicional, pela composição entre as partes.

Na prática, sem discutir o mérito do caso concreto, ou seja, sem analisar se o acusado é ou não o autor do crime, e sem aplicar nenhum tipo de sanção penal, o que se tem é apenas e tão somente a aplicação imediata de uma medida alternativa, que não seja privativa de liberdade, por meio de um processo abreviado e desde que o acusado com isso concorde.

Precisamos entender que o Poder Judiciário, sobrecarregado de demandas e processos que se prolongam no tempo, já não é capaz de dar a resposta que se espera na solução dos conflitos que diariamente chegam aos cartórios. É preciso entender que, diante da alta demanda de casos que ingressam todos os dias na justiça criminal, fatalmente o Estado precisa selecionar aqueles em que irá efetivamente trabalhar e nada mais natural no sentido de que esta escolha recaia sobre investigações e processos criminais que envolvam prática de crimes graves, com violência e com grave ameaça à pessoa, permitindo que os casos menos graves e sem violência sejam solucionados por meio do consenso e da negociação. Devemos cada vez mais incentivar e buscar a solução de conflitos sociais por meio do consenso e de formas alternativas ao processo, como por

exemplo a mediação e a arbitragem, como determina o próprio Código de Processo Civil.

Não se trata de algo que exista apenas no Brasil. O consenso e a negociação no processo penal já são tendência em outros países ao redor do mundo, como o famoso instituto do *plea bargaining* nos Estados Unidos. Permitir o consenso e a aplicação da justiça penal negocial no processo penal é viabilizar a efetiva prestação da justiça e otimizar o funcionamento da justiça penal.

Acordo de não persecução penal

O Acordo de Não Persecução Penal foi criado originariamente pela Resolução n° 181, de 07.08.2017⁴, do Conselho Nacional do Ministério Público. Posteriormente, por meio da Lei Anticrime (Lei n° 13.964/19), o instituto foi inserido no Código de Processo Penal, por meio do art. 28-A. Trata-se de opção de política criminal utilizada para solucionar processos penais de forma diversa daquela que até então estávamos habituados a enfrentar, qual seja, o processo penal tradicional.

Como veremos a seguir, a celebração do Acordo de Não Persecução Penal deve partir de uma convergência de vontades das partes (Ministério Público e investigado, representado sempre por seu advogado constituído), que devem participar sempre de forma ativa nas fases de negociação das cláusulas do acordo. Em que pese ser um instrumento que impede o ajuizamento de ação penal, razão pela qual não haverá sentença penal condenatória impondo uma sanção penal, o Acordo de Não Persecução Penal estabelece direitos e obrigações para ambas as partes, e uma vez cumpridas integralmente as condições previstas para o acusado, o juiz irá declarar extinta a sua punibilidade.

Conceito

O Acordo de Não Persecução Penal é negócio jurídico decorrente de uma opção de política criminal, utilizado para solucionar de forma abreviada situações que envolvam prática de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos. Referido acordo é celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, devidamente assistido por seu defensor, por meio do qual o autor do fato confessa formal e circunstancialmente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade em troca do compromisso do Ministério Público de não oferecer denúncia contra o autor.

4 <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf> <Acesso em 20.07.2021>

Trata-se de instituto que tem como principal objetivo impedir que seja ajuizada ação penal contra o autor do fato, daí porque recebe o nome de acordo de NÃO persecução penal.

Destaque-se que por meio deste acordo não será imposta nenhuma pena ao acusado, justamente porque o objetivo do instituto é impedir o ajuizamento da ação penal, por isso recebe o nome de Acordo de “NÃO” Persecução Penal. Haverá, no entanto, a imposição de deveres e obrigações para ambas as partes. Desta forma, o autor do delito celebra acordo com o titular da ação penal, por meio do qual se sujeita ao cumprimento de determinadas condições enquanto o Ministério Público se compromete a não oferecer denúncia. Ao final, caso o autor do crime cumpra corretamente as condições acordadas, terá declarada extinta a sua punibilidade.

Por fim, importante também mencionar que o acordo não gera reincidência ou qualquer tipo de antecedente criminal. Ou seja: se o autor do crime for primário, não perderá a sua primariedade. E se já tiver praticado algum outro delito anteriormente, não terá nenhum apontamento em sua ficha criminal (antecedentes criminais). Isso porque como o objetivo do acordo é justamente o não ajuizamento de ação penal, sequer será analisada eventual culpabilidade do autor do delito e também não será proferida nenhuma sentença contra ele.

Requisitos para celebração do ANPP

O art. 28-A, “*caput*” do Código de Processo Penal estabelece os requisitos do acordo:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Podemos sintetizar os requisitos para que possa ser celebrado o Acordo de Não Persecução Penal da seguinte forma: (i) não se tratar de hipótese que conduza ao arquivamento; (ii) tratar-se de infração penal sem violência ou grave ameaça; (iii) pena mínima cominada ao delito inferior a 4 (quatro) anos; (iv) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração; e (v) ser o acordo necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Inicialmente, dispõe o art. 28-A: “não sendo caso de arquivamento”. Não podemos nos esquecer de que o Acordo de Não Persecução Penal é uma alternativa ao processo. Ou seja: na situação concreta, estarão presentes os elementos para que seja deflagrada a respectiva ação penal, mas por razões de política criminal, o legislador permite que esta não seja ajuizada, desde que as partes assim pactuem e desde que preenchidos os requisitos legais previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal. A ideia, portanto,

é que o Ministério Público somente possa propô-lo, quando possuir todos os elementos que viabilizem o oferecimento de denúncia, tais como a justa causa, a prática de infração penal e a existência concreta da punibilidade do autor do fato, até mesmo porque caso o acordo venha a ser rescindido, o promotor de justiça terá a faculdade de oferecer denúncia.

Neste sentido, GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

A primeira parte do dispositivo refere que o acordo poderá ser realizado quando **não for hipótese de arquivamento** da investigação criminal. Ora, os casos de arquivamento vinculam-se à ausência de indícios de autoria, de prova de materialidade do delito, de atipicidade da conduta e de já se encontrar extinta a punibilidade. Mais recentemente, embora sob o ponto de vista eminentemente técnico-jurídico não haja amparo legal, a doutrina tem considerado possível o arquivamento do inquérito também nas situações em que for manifesta a presença de causa excludente do crime ou de culpabilidade (exceto a inimputabilidade). Pois bem, ocorrentes estas hipóteses de arquivamento, descabe ao Ministério Público formular a proposta visando, com isto, a contornar o impedimento legal decorrente da falta de justa causa para o oferecimento da denúncia. Imagine-se, por exemplo, que o inquérito policial, conquanto tenha apurado indícios de autoria em relação ao investigado, não tenha logrado obter a prova de materialidade da infração, tampouco sendo possível o suprimento por outros meios, nos termos do que autoriza o art. 167 do CPP. Ora, se nesta situação não é possível o ajuizamento de ação penal, também não se pode considerar viável o acordo de não persecução penal (...) (NUCCI, 2020, p. 299.)

Na sequência dos requisitos, temos a necessidade de que a infração penal tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça. Andou bem o legislador ao impor essa limitação, pois se a intenção é impedir o ajuizamento de ação penal, evidente que a infração deva ser o menos grave e violenta possível, pois uma infração grave e violenta evidentemente deve submeter o indivíduo ao processo penal. Apesar da lei silenciar quanto a isto, parece que a violência e a grave ameaça seja aquela praticada a título de dolo e que esteja presente na conduta e não no resultado. Assim, caso haja prática de crime culposos com resultado violento, deve ser admitida a celebração do acordo desde, é claro, que estejam presentes os demais requisitos.

O próximo requisito é que a pena mínima inferior cominada ao delito seja de 4 (quatro) anos. Aqui não há muito o que se dizer, pois se trata de análise meramente objetiva do preceito secundário do tipo penal. Contudo, vale mencionar que nos termos do §1º do art. 28-A, para aferição da pena mínima cominada ao delito devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Próximo requisito: ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração. Sem dúvidas, o requisito que gera maior discussão e responsável por diversos debates acerca de sua (des) necessidade.

Confissão formal é aquela realizada por escrito. Confissão circunstancial é aquela por meio da qual o investigado indica de maneira minuciosa e detalhada todas as circunstâncias referentes ao cometimento do delito objeto do acordo.

Pergunta-se: o Acordo de Não Persecução Penal é um instrumento utilizado para que não seja ajuizada ação penal. Não haverá, portanto, sentença penal condenatória proferida. Não tem nenhum efeito condenatório. Não aplica pena ao acusado. Não gera reincidência ou qualquer outro tipo de antecedente criminal. Para que, então, o legislador exige confissão? Pior ainda: não se limita a exigência a uma confissão formal. Esta deve ser também circunstancial. Tendo em vista que não haverá processo penal, não há sequer campo processual para utilizar essa confissão. Trata-se, sem dúvidas, de requisito totalmente arbitrário e descabido. Recorde-se que a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95) não exigem a confissão do acusado.

Não podemos perder de vista que o Acordo de Não Persecução Penal não pode ser utilizado como ferramenta para suprir lacunas deixadas por investigações mal conduzidas. Para propor o acordo, o Ministério Público deve ter a justa causa formada. Não pode se utilizar de uma confissão para complementar aquilo que eventualmente não tenha sido obtido com a investigação realizada.

Entendemos que esta exigência é manifestamente inconstitucional, por violar o princípio constitucional da vedação da autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal⁵ e no artigo 8º, n. 2, alínea g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Veja a situação delicada: ninguém é obrigado a produzir provas contra si. Assim, o acusado poderia perfeitamente recusar-se a confessar a prática da infração penal. No entanto, se assim o fizer, perderia o direito a celebrar o acordo, passando então a ser processado criminalmente e possivelmente teria uma sanção penal aplicada. Um absurdo sem sentido, afinal a verdadeira essência deste instituto é justamente não instaurar processo penal e não se discutir sobre a culpabilidade do acusado (tal como ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo, os quais não exigem, para sua celebração, a confissão do acusado). Recorde-se, ainda, que a aceitação e o cumprimento do acordo também não afetam a culpabilidade do investigado, sequer para fins de reincidência ou antecedentes criminais.

A nosso ver, a exigência de confissão formal e circunstancial do acusado revela mentalidade inquisitorial do legislador e totalmente desproporcional e descabida quando se está diante de uma solução consensual que tem por objetivo o não ajuizamento de ação penal.

5 Art. 5º (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Por fim, temos o requisito que exige ser o acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Este requisito está diretamente relacionado com a discussão existente na doutrina e jurisprudência acerca da natureza do acordo, é dizer: trata-se ou não de direito público subjetivo do acusado? Uma vez preenchidos todos os requisitos legais teria o acusado direito subjetivo de celebrar automaticamente o acordo? Melhor dizendo: o Acordo de Não Persecução Penal é direito subjetivo do acusado ou uma discricionariedade do Ministério Público?

Com o devido respeito aos que pensam de maneira diversa, nos parece que o artigo 28-A do Código de Processo Penal deixa em evidência tratar-se de discricionariedade do Ministério Público. Isto porque deixa claro que será cabível o acordo se preenchidos os requisitos e ainda “(...) desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Trata-se, portanto, de discricionariedade ou oportunidade mitigada porque o Ministério Público somente poderá propor o acordo se preenchidos os requisitos do art. 28-A e se este acordo for necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito no caso concreto.

O legislador confere liberdade ao promotor de justiça para avaliar o caso concreto e verificar se naquela situação o acordo é ou não a melhor alternativa para a prevenção do delito. É uma análise casuística, que deve ser feita de forma individualizada e pormenorizada em cada caso concreto. Portanto, não entendemos tratar-se de direito subjetivo do acusado.

Seguindo este raciocínio, o 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) editou o Enunciado nº 19, abaixo transcrito:

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.⁶

Neste sentido também está a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que já se manifestou ao julgar o AgRg no RHC 130.587/SP⁷, decidindo que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.

6 https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf
<Acesso em 20.07.2023>

7 AgRg no RHC 130.587/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020.

Por fim, importante mencionar as situações em que, por expressa vedação legal contida no §2º do art. 28-A do Código de Processo Penal, não será possível a celebração de Acordo de Não Persecução Penal: (i) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; (ii) 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; (iii) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (iv) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Condições do acordo

As condições que poderão ser acordadas entre as partes estão previstas no artigo 28-A, incisos I a V, do Código de Processo Penal. Referidas condições poderão ser ajustadas cumulativa e alternativamente, nos exatos termos do *caput* do artigo 28-A, do Código de Processo Penal. Reitere-se que não se trata de pena, mas apenas e tão somente de condições não privativas de liberdade que serão livremente pactuadas entre o acusado e o Ministério Público. A intenção aqui é fixar condições que guardem proporção com o delito praticado e ainda, que guardem relação com eventuais sanções penais que seriam aplicadas ao acusado, caso este fosse submetido a um processo criminal e ao final, tivesse contra si proferida uma sentença penal condenatória.

Acerca da primeira condição, qual seja, “reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo”, destaque-se que eventual impossibilidade econômica do acusado em promover a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, desde que comprovada, não impede a celebração do acordo. Trata-se de condição que está relacionada com o efeito automático e obrigatório que resultaria de uma eventual sentença condenatória, caso tivesse o acusado sido processado criminalmente, nos termos do artigo 91, I, do Código Penal.

Quanto à renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público, verifica-se que esta condição se amolda perfeitamente ao objetivo do acordo, pois de nada adiantaria permitir que o acusado além de não ser processado criminalmente, ainda pudesse permanecer com os instrumentos e/ou com o proveito do crime. Esta condição guarda relação com o efeito automático de eventual condenação previsto no artigo 91, II, do Código Penal e também com a pena restritiva de direitos de perda de bens e valores, prevista no artigo 43, II, do Código Penal.

Com relação a terceira condição, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, é importante mencionar que se trata de uma condição que, uma vez descumprida pelo acusado, terá como única consequência a rescisão do acordo celebrado. Jamais poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, até porque não se trata de pena e sim, de uma obrigação convencional.

A quarta condição (pagar prestação pecuniária 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) aproxima-se da reprovação e prevenção do crime, muito embora não constitua pena. Esta condição é semelhante à pena restritiva de direitos prevista no artigo 43, I, do Código Penal, sendo que o próprio legislador fez remissão expressa à aplicação do artigo 45 do Código Penal quanto à forma de estipulação desta obrigação.

A quinta e última obrigação, consistente no cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada, permite que sejam aplicadas condições específicas, não previstas na lei, mas que sejam compatíveis e necessárias à reprovação e prevenção do fato delituoso praticado.

Procedimento para celebração do acordo

Podemos dividir a celebração do Acordo de Não Persecução Penal em 3 fases distintas: (i) a fase preliminar, em que as partes (Ministério Público e autor do fato assistido por seu advogado) irão pactuar as cláusulas que irão reger o acordo e elaborar o instrumento formalizado; (ii) a fase de homologação do acordo, em que o juiz participará; e (iii) fase de execução do acordo, em que o autor do fato irá cumprir as condições pactuadas.

Na fase preliminar, as partes irão formalizar por escrito as condições que irão reger o acordo, conforme determina o §3º do art. 28-A: o acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. Ainda sobre a fase preliminar, que tem início com o oferecimento da proposta de acordo pelo Ministério Público, cabe mencionar que caso haja recusa do *parquet* em propor o acordo, poderá o acusado requerer a remessa dos autos à instância superior (Procuradoria Geral de Justiça, se Ministério Público Estadual ou Câmara de Coordenação e Revisão, se Ministério Público Federal), para dirimir o conflito, conforme determina o §14 do art. 28-A: no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior; na forma do art. 28 deste Código, situação em que poderão ser adotadas as seguintes providências pelo órgão de revisão: (i) oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; (ii) complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-las; (iii) reformular a proposta de acordo para apreciação do investigado; ou (iv) manter a proposta oferecida, vinculado a todos os envolvidos.

Neste particular, uma importante observação deve ser feita: o ANPP não é direito subjetivo do autor do fato, mas sim, instrumento de política criminal. Cabe ao titular da ação penal avaliar caso a caso, mas a prerrogativa de oferecer ou não a proposta deve respeitar o esquadramento legal previsto pelo legislador. Neste sentido:

O legislador permitiu, no *caput* do art. 28-A do CPP, uma avaliação discricionária quanto ao oferecimento do ANPP. Entretanto, a possibilidade de ofertar ou não a solução consensual do conflito penal é juridicamente vinculada aos requisitos firmados na lei, ou seja, o Ministério Público até pode não ofertar o acordo se entender que o instrumento político-criminal não é apto (necessário e suficiente) à reprovação e prevenção do crime, contudo, esta atividade discricionária, representada pela escolha ótima e sinalizada pela necessidade e suficiência, deve vir balizada pela presença ou não dos requisitos legais.

Em outros termos, se os requisitos previstos no art. 28-A não estiverem atendidos, a conclusão é que o acordo não é suficiente e necessário à reprovação e prevenção do crime. Mas, por outro lado, se os requisitos estiverem presentes, a discricionariedade representada pela “reprovação e a prevenção” do *caput* deve ser interpretada juntamente com os demais requisitos, ou seja, o legislador indica que, se o autor dos fatos preencher os requisitos para celebração do ANPP, a celebração do acordo é o caminho indicado para a solução negocial do conflito penal, ou, de outra forma, necessário e também suficiente para prevenção e reprovação do crime.

O legislador não deixou ao Ministério Público uma atividade discricionária plena, mas sim regrou-a, estabelecendo as balizas para a escolha político-criminal a ser implementada.⁸

Após a formalização por escrito, o instrumento será encaminhado ao juiz, que terá a tarefa de homologar ou não acordo. A homologação do acordo é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado realizar qualquer juízo sobre o mérito ou quanto ao conteúdo do acordo. Para isso, o juiz irá designar audiência na qual deverá ouvir o investigado, na presença de seu advogado, a fim de analisar sua voluntariedade para celebrar a tratativa, conforme determina o §4º do art. 28-A: para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. Note-se que o artigo não faz nenhuma referência à participação do Ministério Público na referida audiência. A justificativa é simples: tendo em vista que o juiz busca avaliar a voluntariedade do acusado em celebrar o acordo, eventual presença do promotor de justiça poderia inviabilizar ou viciar a livre manifestação do acusado, caso houvesse sido constringido a celebrar o acordo.

Ao analisar os aspectos de legalidade do acordo, “se juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor”, conforme determina o §5º do art. 28-A.

8 JUNIOR, Ulisses Augusto Pascolati; PEREZ, Stephanie Carolyn. Controle judicial nos casos de reusa do Ministério Público ao oferecimento da proposta de Acordo de Não Persecução Penal. *In: Boletim IBCCIM*, São Paulo, Ano 29, nº 348, 2021. p.8.

Caso o juiz entenda que o acordo cumpre os requisitos legais, deverá homologá-lo e, após, devolverá os autos ao Ministério Público para que este inicie sua execução perante o juízo de execução penal, nos termos do §6º do art. 28-A. Não se olvide que se trata de decisão judicial que deverá ser fundamentada. Por fim, se homologar o acordo, o juiz deverá determinar a intimação da vítima, conforme determina o §9º do art. 28-A.

O juiz poderá recusar homologação do acordo se: (i) considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições pactuadas e o Ministério Público não realizar a adequação indicada no §5º; ou (ii) se entender que a proposta não atende aos requisitos legais, conforme determina o §7º do art. 28-A. Se recusar a homologação, sempre de forma motivada, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, conforme determina o §8º do art. 28-A.

Acerca da recusa em homologar o acordo, destaque-se que o juiz não poderá interferir na redação final do acordo, pois sua função é meramente fiscalizatória sobre aspectos de legalidade e voluntariedade e porque o juiz não pode de forma alguma participar das negociações, pois se assim o fizer estará violando o sistema acusatório e a imparcialidade objetiva do julgador. Portanto, se o juiz entender que não é caso de homologar o acordo, deverá simplesmente devolver os autos ao Ministério Público para que nova proposta seja apresentada (adequação das cláusulas), para análise acerca da necessidade de complementação das investigações ou ainda para o oferecimento da denúncia.

Caso o juiz recuse a homologação do acordo, caberá Recurso em Sentido Estrito, nos termos do artigo 581, XXV do Código de Processo Penal, incluído pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19).

Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do acusado, conforme determina o §13 do art. 28-A.

Nos termos do §10 do art. 28-A, “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”. Neste caso, o descumprimento do acordo pelo acusado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, conforme expressamente determina o §11 do art. 28-A.

Por derradeiro, dispõe o §12 do art. 28-A que a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para fins de registro, a fim de impedir que aquele indivíduo que tenha sido beneficiado com acordo celebrado nos últimos 5 anos não receba novamente o benefício, em razão da vedação constante no art. 28-A, §2º, inciso III do Código de Processo Penal.

Conclusão

A Lei Anticrime buscou por um lado, o recrudescimento no tratamento dado à criminalidade organizada por meio de maior rigor legislativo, e por outro lado, buscou conferir tratamento mais célere e brando aos crimes cometidos sem violência e sem grave ameaça, evitando assim o processo e o encarceramento do autor do crime, por meio da criação do Acordo de Não Persecução Penal (“ANPP”).

O Acordo de Não Persecução Penal é um negócio jurídico decorrente de uma opção de política criminal para solucionar processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas. Trata-se de acordo celebrado entre o Ministério Público, representado pelo promotor de justiça e o autor do fato delituoso, devidamente assistido por seu defensor, por meio do qual o autor do fato confessa formal e circunstancialmente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade em troca do compromisso do Ministério Público de não oferecer denúncia contra o autor. Ao final, se cumpridas corretamente as condições pactuadas, será declarada extinta a punibilidade do autor do fato.

Partindo da premissa de que uma vez praticada uma infração penal, cabe ao Estado o direito de punir o autor do delito, por meio do ajuizamento de uma ação penal, desde que se esteja diante de fato típico, antijurídico e culpável, que estejam presentes as condições para o exercício da ação penal e que exista a justa causa para o oferecimento da denúncia, e que uma vez celebrado o referido acordo, o Ministério Público, embora tenha os elementos necessários para o oferecimento da denúncia, não o fará, temos que o Acordo de Não Persecução Penal funciona na prática como uma hipótese legal de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Na prática, essa mudança permite que as autoridades de persecução penal utilizem o seu tempo para casos que sejam realmente importantes, evitando assim que seja perdido tempo com o que não é importante.

Infelizmente o Estado não tem condições de aplicar o processo penal democrático, amplo e garantista a todas as infrações penais praticadas. Neste cenário, em que é economicamente e juridicamente inviável aplicar de forma efetiva de ideias de justiça e eficiência na persecução penal, surge o Acordo de Não Persecução Penal como alternativa para simplificar o procedimento de persecução penal e abreviar sua solução, na medida em que nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o acordo será cabível para infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Veja, que o filtro criado pela lei permite que infrações com pena mínima inferior a 4 anos sejam solucionadas por meio do consenso, evitando assim o ajuizamento de ações penais que somente irão afogar o Poder Judiciário e trazer ainda mais morosidade ao já precário e lento sistema processual.

O acordo representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal mais eficiente, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves, revelando harmonia com a orientação de intervenção mínima do sistema penal.

Referências

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 181, de 07.08.2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO. Enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JUNIOR, Ulisses Augusto Pascolati; PEREZ, Stephanie Carolyn. Controle judicial nos casos de reusa do Ministério Público ao oferecimento da proposta de Acordo de Não Persecução Penal. *In: Boletim IBCCIM*, São Paulo, Ano 29, nº 348, 2021.