

FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE
CURSO DE DIREITO

JULIA COSTA DE OLIVEIRA

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: requisitos e limites da justiça consensual enquanto modelo em expansão para a resolução de conflitos no âmbito jurídico-criminal.

Porto Alegre
2021

JULIA COSTA DE OLIVEIRA

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: requisitos e limites da justiça consensual enquanto modelo em expansão para a resolução de conflitos no âmbito jurídico-criminal.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre como requisito final para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Me. Renata Jardim da Cunha Rieger

Porto Alegre

2021

JULIA COSTA DE OLIVEIRA

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: requisitos e limites da justiça consensual enquanto modelo em expansão para a resolução de conflitos no âmbito jurídico-criminal.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de XXXX da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre como requisito final para obtenção do título de Bacharel(a) em XXXXX

Aprovada em _____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora:

Conceito: _____

Dedico este trabalho à minha mãe, Luciana, por me ensinar a ter orgulho de quem eu sou, a enfrentar todas as dificuldades de maneira honesta, e por me mostrar que somente o esforço e o trabalho duro são capazes de nos fazer evoluir.

À minha avó, Vera, por compartilhar comigo o amor pelo pela justiça, no sentido mais literal da palavra, e por me auxiliar na busca pela resolução das minhas dúvidas, fossem elas do direito ou da vida. Desejo ser uma profissional tão íntegra e solidária como a observei ser durante anos como advogada.

Ao meu avô, José, quem eu desejava muito que pudesse estar comigo, neste momento e em tantos mais, mas que sei que está orgulhoso por me ver realizando o sonho que tínhamos em conjunto, onde quer que esteja.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, em especial minha mãe e avós maternos, por me garantirem o privilégio de poder realizar meu desejo e me dedicar, quase que exclusivamente, à faculdade durante estes quase cinco anos, por me incentivarem em momentos difíceis, por dividirem as alegrias de momentos bons, por confiarem no meu potencial e por me encorajarem a sempre dedicar minha total capacidade aos meus projetos.

Agradeço também aos meus amigos pelos momentos de diversão, de confissão, por me darem confiança nas palavras que escrevo, pelo companheirismo e por mais momentos felizes no futuro.

Por fim, ainda que de igual importância, agradeço muito à professora Renata pela incansável ajuda, pelas palavras de incentivo, pela dedicação ao meu projeto, por fornecer materiais e orientações essenciais para a conclusão deste projeto e por ser uma orientadora incrível e zelosa.

RESUMO

O presente estudo científico buscou compreender, por meio de uma pesquisa descritiva com abordagem qualitativa, realizada com o uso de método qualitativo, as situações concretas permissivas da aplicação do instituto derivado do direito comparado e conhecido no ordenamento jurídico brasileiro como Acordo de Não Persecução Penal, bem como delimitar os critérios para sua concretização prática, por meio da análise de pontos controversos na doutrina, decisões conflitantes na jurisprudência de Tribunais Superiores e lacunas legais. Partindo-se da análise do momento e da forma em que o instituto fora inserido no ordenamento jurídico brasileiros, especialmente já tendo havido tentativa de positivação anterior, foi constatado o aumento de causas em que se promoveu a justiça negocial enquanto modalidade de auferir responsabilização civil ou responsabilização criminal a delitos menos graves, de forma a evitar o oferecimento de denúncia criminal, demonstrando ser esta uma tendência em expansão a ser seguida pelos operadores do direito, com efeito imediato. Posteriormente, foram comparadas as formas consensual, caracterizada pelo acordo de vontades, e conflitual de procedimentos processuais, buscando elencar a forma mais benéfica tanto para os envolvidos, como para o próprio ordenamento jurídico, enquanto todo. Logo após, trazidas noções de lealdade processual entre defesa e acusação enquanto obrigações recíprocas entre as partes, de modo a assegurar a paridade de armas entre os pólos e assegurar o devido processo legal. Em seguida, foram expostos os requisitos, impedimentos e procedimentos trazidos pelos artigos 28-A e seguintes do Código Penal, os quais possibilitam a extinção de punibilidade objeto do instituto, ressaltando a imprescindibilidade de controle judicial dos termos elaborados. Após, teceu considerações acerca da natureza jurídica da norma penal que instituiu o Acordo de Não Persecução Penal no Código Penal, sobretudo no que diz respeito à retroatividade, à confissão, da configuração do instituto enquanto direito subjetivo do réu ou poder-dever do Ministério Público. Superados os pontos de controvérsia, passou-se a equiparação do Acordo de Não Persecução Penal ao diversos contratos celebrados tipicamente no direito civil. Na sequência, foram aplicadas as noções de boa-fé objetiva, seus desdobramentos e suas funções, analisando a relação obrigacional entre as partes e os deveres anexos, obrigações principais ou acessórias. Por fim, analisou-se a inexecução contratual sob a ótica das teorias civilistas da

Imprevisão e do Adimplemento Substancial e a função social do Acordo de Não Persecução Penal.

Palavras-chave: Justiça negocial. Acordo de vontades. Obrigações recíprocas. Delitos menos graves. Denúncia criminal. Contratos. Devido processo legal. Paridade de armas. Lealdade processual. Boa-fé objetiva. Confissão. Extinção de punibilidade. Controle judicial. Responsabilidade criminal. Responsabilidade civil. Tribunais Superiores. Doutrina. Tendência em expansão.

ABSTRACT

The present scientific study sought to understand, through a descriptive research with a qualitative approach, made with the use of the qualitative method, the permissive concrete situations of the application of the institute, which is derived from comparative law and known in the Brazilian legal system as the Agreement of Non-Criminal Punishment, as well as to delimit the criteria for its practical implementation, through the analysis of controversial points in the doctrine, conflicting decisions in jurisprudence and legal gaps. Starting from the analysis of the moment and the way in which the institute was inserted in the Brazilian legal system, especially having already been attempted previous establishment, it was observed the increase in causes in which the business modality was promoted as a way of claiming civil liability or criminal liability for less serious crimes, in order to avoid the offering of criminal complaints, characterized by the agreement of wills., demonstrating that this is a tendency to be followed by the operators of law, with immediate effect. Subsequently, both the consensual and conflicting forms of procedural procedures were compared, seeking to list the most beneficial form, both for those involved and for the legal system itself, as a whole. Then, the requirements, impediments and procedures brought by article 28-A and following of the Penal Code were exposed, those that allow the extinction of punishability object of the institute, emphasizing the imprescindibility of judicial control of the terms elaborated. Soon after, brought into line with the procedural loyalty between defense and prosecution as reciprocal obligations between the parties, in order to ensure the parity of weapons between the poles and ensure due process. After that, considerations about the legal nature of the criminal rule that established the Agreement of Non-Criminal Prosecution in the Criminal Code are made, especially regarding the retroactivity, the confession, the configuration of the institute as a subjective right of the defendant or the power-duty of the Public Prosecutor. Overcoming the points of controversy, the Agreement of Non-Criminal Prosecution was equated with the various contracts typically celebrated in civil law. Next, the meanings of contractual good faith, their consequences and their functions were applied, analyzing the obligational relationship between the parties and the attached duties, principal or ancillary obligations. Finally, the contractual non-execution was analyzed from the perspective of the civilist theories

of Impiet and Substantial Implementation and the analysis of the social function of the Agreement of Non-Criminal Prosecution.

Keywords: Negotiating justice. Agreement of wills. Reciprocal obligations. Less serious offenses. Criminal complaint. Contract. Due process of law. Gun parity. Procedural loyalty. Objective good faith. Investigative phase. Confession. Extinction of punishability. Judicial control. Criminal responsibility. Civil responsibility. Superior Courts. Doctrine. Expanding trend.

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
2	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	12
2.1	Da justiça negocial: tendência em expansão na resolução de conflitos	21
2.2	Do procedimento de propositura do acordo.....	28
2.3	Dos requisitos e impeditivos	34
3	A NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	39
3.1	Da natureza mista da norma: mescla de elementos processuais e materiais penais.....	46
3.2	Da discricionariedade do Ministério Público	52
3.3	Da influência de aspectos contratuais	58
3.3.1	Do princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos.....	65
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
5	REFERÊNCIAS	79

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Por meio do presente trabalho almeja-se a compreensão mais exata do Acordo de Não Persecução Penal, para além dos limites já delineados pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal que, desde a inserção pela Lei Anticrime, o prevê. Analisar-se-á a aplicabilidade prática do instituto na realidade judicial do país, com atenção aos mais recentes entendimentos jurisprudenciais de Tribunais Superiores. O estudo aqui exposto pretende focar-se nas questões mais polêmicas e controvérsias do referido Acordo, assim como nos pontos em que a legislação a ele atinente não tenha se manifestado ou, ao menos, não o tenha feito de forma clara, prejudicando a homogeneidade de sua aplicação.

Considerando que o Poder Judiciário, no Brasil, há tempos vê sua eficácia obstaculizada pelo aumento de processos trazidos à sua atenção, neste estudo destacados os processos criminais, fenômeno que pode ser explicado pela banalização da instauração de ações judiciais como medidas com caráter de última opção, faz-se necessária a solução deste empecilho, ou, ao menos, a minimização dele, de forma a garantir princípios processuais e constitucionais aos cidadãos, ao exemplo da celeridade do procedimento. Em resposta ao problema constatado, destaca-se a promoção de formas negociais de justiça, na qual as partes adversas buscam consenso, e não mais a interferência do Estado como única forma de solução do conflito entre elas travado.

O Acordo de Não Persecução Penal é somente uma vertente das diversas formas de justiça consensual aplicáveis atualmente no ordenamento jurídico, mas buscou trazer o desafogamento do processo penal por meio da mudança na mentalidade jurídica anteriormente vigente. Tratando-se de instituto recente, introduzido no Código de Processo Penal no ano de 2019 (com vigência apenas em 23 de janeiro de 2020), ainda não atingiu o auge de sua aplicação, especialmente por ainda penderem de resolução imbróglios decorrentes da ausência de complementos em seu texto legal, pontos estes que o presente trabalho busca explorar.

Por meio de pesquisa descritiva com abordagem qualitativa, realizada com o uso de método qualitativo, o estudo é dividido em dois principais capítulos. No decorrer do primeiro capítulo, serão tecidas breves observações acerca atual

condição do sistema judiciário brasileiro, demonstrados os benefícios da justiça negocial em sobreposição a justiça conflitual, assim como serão elencados os requisitos imprescindíveis e impeditivos legais à propositura do acordo e, se em conformidade com estes comandos legais, o procedimento que deverá seguir a propositura, a elaboração e a execução do Acordo de Não Persecução Penal.

No segundo capítulo, já analisados os fundamentos do Acordo de Não Persecução Penal, serão evidenciados os pontos controversos do instituto, críticas a ele feitas por doutrinadores e a tentativa de apresentar a resposta aos questionamentos comuns entre os operadores do direito, em conformidade com os mais recentes pareceres de Cortes Superiores acerca do tema. Para isto, far-se-á necessária a separação do capítulo em quatro subcapítulos, em razão de sua complexidade.

O primeiro destes subcapítulos do capítulo segundo analisará a natureza jurídica do artigo 28-A do Código Penal, este que positiva o Acordo de Não Persecução Penal no Brasil e norteia sua aplicação, buscando, por meio desta definição, definir o momento em que se esgota a possibilidade de propositura do Acordo e a possibilidade ou não de sua retroatividade benéfica. No segundo subcapítulo, analisar-se-á se o Acordo de Não Persecução Penal constitui hipótese de direito subjetivo do réu ou poder-dever da Acusação, tanto por meio de análise do texto legal como de comparação com outros institutos próprios do direito penal e processual penal, como Suspensão Condicional do Processo, Transação Penal e Colaboração Premiada, para fins de compreender se o instituto se trata de discricionário ou vinculado às funções institucionais do Ministério Público ou se, ao contrário, é imperativo e exigível nos casos concretos em conformidade com os requisitos legais anteriormente destacados.

No terceiro item do capítulo segundo, serão expostas as semelhanças entre o Acordo de Não Persecução Penal e os contratos típicos de direito civil e elencados motivos pelos quais ambos devem compartilhar procedimento e tratamento, na medida em que for possível, ainda que os ramos do direito em que inseridos tutelem bens jurídicos divergentes. Far-se-á tal comparação com força na definição de negócio jurídico, na compreensão de relações obrigacionais e na classificação do Acordo enquanto contrato, em conformidade com as classificações típicas advindas dos manuais civilistas.

Por fim, no último capítulo, analisar-se-á a incidência da boa-fé objetiva durante a propositura, a elaboração e a execução do Acordo de Não Persecução Penal, bem como da necessidade de observação de seus desdobramentos, *Supressio, Surectio, Venire Contra Factum Proprium e Tu Quoque*, para a legalidade dos termos pactuados. Também serão identificadas, na realidade do Acordo de Não Persecução Penal, as funções integrativa, interpretativa e de controle da boa-fé objetiva e o que estas o impõem, assim como a função social do Acordo de Não Persecução Penal enquanto contrato.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:

O Acordo de Não Persecução Penal foi inserido no ordenamento jurídico com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, a qual acrescentou e modificou diversas disposições de diplomas normativos como o Código de Processo Penal, Código Penal e legislações extravagantes¹. Apesar de algumas críticas terem sido feitas ao projeto de lei, entre eles o fato de que trouxe menos inovações úteis do que de fato pretendia, verdade é que, em relação ao referido Acordo, ao menos, este pode ser entendido como uma mudança positiva.

Em uma breve análise histórica, depreende-se que a possibilidade de celebrar tal Acordo já tinha sido prevista pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 181², em agosto de 2017, a qual, ao longo de vinte e duas páginas, estabelecia ao Ministério Público o direito de pactuar condições com o agente transgressor, em consequência da possibilidade de promover procedimentos investigatórios criminais³. Posteriormente, o texto foi modificado⁴, limitando a

¹ Exemplo de algumas destas mudanças são, além da previsão do Acordo de Não Persecução Penal, a majoração da pena máxima passível de cumprimento para 40 anos e a instituição do Juiz de Garantias (figura esta, não é demais dizer, atualmente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, porém, emitiu enunciado, dentre vários Enunciados institucionais sobre o Acordo de Não Persecução Penal, sobre o tema, o qual, ainda que não seja vinculativo, orienta a aplicabilidade do Acordo ainda que suspensa a figura do Juiz de Garantias. O referido enunciado possui a seguinte redação: “ENUNCIADO 1 - A suspensão de eficácia dos dispositivos relativos ao juiz das garantias (artigos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal) não impede a aplicação do acordo de não persecução penal (artigo 28-A do Código de Processo Penal)”).

² Disponível *online* em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 593.727. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2015. Disponível *online* em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 23/11/2020 .

propositura aos delitos com pena mínima inferior a quatro anos e praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

A resolução, entretanto, não foi acolhida pelo ordenamento, tampouco recepcionada pelo Poder Judiciário e membros da advocacia, sob o acertado argumento de que esta se maculava com a presença de ilegalidade, vez que impunha obrigações sem força de lei, por meio não hábil e em expressa violação ao comando do artigo 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil⁵. Ademais, no âmbito constitucional, dispõe-se que a competência legislativa para estabelecer normas, em matéria material e constitucional penal, é exclusiva da União, por meio do Poder Legislativo, fulcro artigo 22, inciso I⁶, outra razão pela qual, na época, não era possível vigorar tal disposição.

Posteriormente, visando ao aprimoramento das normas que constituem o arcabouço jurídico brasileiro, ficou a cargo do Ministério da Justiça e da Segurança Pública reunir, em um único documento denominado de “Pacote”, todas as mudanças legislativas que pretendia apresentar para a aprovação do Congresso Nacional, para sua aprovação em dois turnos, pela maioria simples de seus membros⁷. Aprovado o projeto, este se transformou em lei, conquistando força vinculativa e modificando, ao todo, dezenove trechos de quatorze legislações⁸, dentre elas o próprio Código de Processo Penal que passou a prever o Acordo ora mencionado.

O Acordo de Não Persecução Penal encontra-se previsto no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, e sua reprodução, para fins demonstrativos, colaciona-se infra, de forma parcial:

⁴ Alteração disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10890-cnmp-altera-a-resolucao-n-181-e-decide-casos-em-que-o-mp-pode-propor-Acordos-de-nao-persecucao-penal>.

⁵ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...]”.

⁶ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...]”

⁷ Conforme artigos 47 e 65 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸ Dados encontrados no site da *British Broadcasting Corporation* (BBC) disponíveis *online* em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47125522#:~:text=O%20Ministro%20da%20Justi%C3%A7a%20e%20Seguran%C3%A7a%20P%C3%BAblica%2C%20S%C3%A9rgio,a%20crimes%20violentos%20-%20o%20pacote%20ser%C3%A1%20>

Artigo 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 alternativamente⁹: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - 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 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), 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; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Ressalte-se que, apesar de apontamentos neste sentido, o Acordo de Não Persecução Penal, ainda que encontre inspiração no modelo norte americano de ação penal denominado *plea bargain*¹⁰, advindo do direito comparado regido pelo princípio da *common law*¹¹, não o replica no ordenamento brasileiro, justamente em decorrência de algumas divergências essenciais em relação ao objeto de ambos. Ao passo em que o instituto estrangeiro confere quase irrestrita liberdade de atuação, elaboração de termos, averiguação de cabimento e de oportunidade à acusação, o modelo brasileiro restringe, pelo critério temporal da pena, a ocorrência das celebrações possíveis.

⁹ Igual redação é encontrada no artigo 1º, § 3º da Lei nº. 8.038/90, permitindo a celebração de Acordo de Não Persecução Penal nos procedimentos penais aplicados no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal

¹⁰ Trata-se de forma de transação penal direta entre acusação e acusado, com liberdade de termos. Conceitualmente, conforme Gabriel Queirós Campos, no instituto ocorre um Acordo em que o réu, visando ao benefício trazido pela acusação, se declara culpado do delito que em tese haveria cometido, assim como ocorre na necessidade de confissão formal e circunstanciada exigida pelo Acordo de Não Persecução Penal, de modo a tornar mais célere a resolução do conflito. QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. p.05. Disponível em : <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 27 Out. 2020.

¹¹ Trata-se de sistema jurídico em que as decisões judiciais se dão com base em precedentes atinentes a outros casos já julgados. No Brasil, o sistema adotado é o da *civil law*, no qual a legislação é o parâmetro mais relevante para orientar as decisões judiciais.

A atuação ministerial sem controle, no âmbito do sistema judiciário brasileiro, no qual tantas omissões e excessos são objeto de preocupação, arrisca afastar o poder em promover a conciliação de sua principiologia, qual seja combater a corrupção, neste momento em que pode instaurar situação de insubordinação e abuso de autoridade por parte do Órgão responsável por sua elaboração¹². Caso tal hipótese se configure, há prejuízo ao próprio processo penal, visto que acaba por afastar-se do critério da proporcionabilidade apontada por Ingo Wolfgang Starlet como sustento do Estado Democrático de Direito, sem o qual não se pode falar em garantias legais, tampouco segurança jurídica, tornando a iniciativa outra dentre tantas medidas falhas ora idealizadas sob este pretexto de melhoria. Nas palavras do autor:

Com esta breve referência histórica, objetivamos a contextualização do princípio da proporcionabilidade, por sua vinculação à proibição, tão cruenta e dolorosa na seara penal. Tal princípio acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da consequente concepção garantista do Direito e, no que interessa ao nosso ponto, do Direito Penal, o que vai aqui tomando como pressuposto de nossa singela investigação. De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico – penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.¹³

Discorrendo em termos técnicos, o referido Acordo é hipótese de medida de diversificação com intervenção, que estabelece direitos e obrigações, mas não impõe pena, tampouco se ocupa em discutir elementos subjetivos como dolo ou culpa. É causa legal de extinção da punibilidade e, se adimplidos os termos estabelecidos previamente, não tem o condão de gerar efeitos penais¹⁴.

O Acordo é celebrado entre o titular da ação penal, ou seja, o promotor estadual ou procurador federal que representa o Ministério Público, e a defesa técnica que representa o réu, seja esta constituída por advogado particular ou

¹² Já há lei visando coibir a tais atos, qual seja a Lei nº 13.869/19, conhecida como Lei de Abuso de Autoridade.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista da Ajuris . n. 98, jun., 2005, p. 107 – 132.

¹⁴ Previstos pelos artigos 91 e 92 do Código Penal, a exemplo da reincidência.

Defensoria Pública, e posteriormente homologado em Juízo. A necessidade de assessoramento do réu e controle judicial decorre da necessidade de confirmar a legalidade e a voluntariedade dos termos do Acordo, garantindo assim que este se perfectibilize posteriormente¹⁵.

Por outro lado, a postura do responsável técnico pela Defesa, conforme se verifica em casos concretos, deve seguir os mesmos preceitos de lealdade exigíveis ao próprio réu, em relação ao Órgão acusador. Isto, pois, em recente *Habeas Corpus*¹⁶ impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e julgado monocraticamente sob seara do Superior Tribunal de Justiça, não se admitiu do recurso em razão do rompimento da confiança permitida ao *Parquet*, tendo, supostamente, ocorrido rompimento do instituto do *Venire Contra Factum Proprium*, revisitado em capítulo posterior¹⁷.

Explica-se melhor, o referido julgado trata de caso em que, após a celebração do Acordo de Não Persecução Penal entre as partes, com a verificação de todos os seus requisitos de existência e validade, foi suscitada a tese de aplicação do Princípio da Insignificância, em favor do paciente representado pela Defensoria Pública Estadual. Problemática a aplicação de tal princípio no referido caso, visto que este, se reconhecido, causaria a perda de objeto da ação penal, vez que fulmina a tipicidade material da conduta, não restando crime a ser tratado nos termos do referido Acordo, que elenca a confissão formal circunstanciada como requisito essencial.

Neste sentido, fora proferido parecer pela Subprocuradora-Geral da República, no qual, resumidamente, apontou como contrária à boa-fé objetiva a

¹⁵ A importância da atuação ativa da defesa pode ser verificada também nos autos do paradigmático Caso *Ruano Torres vs El Salvador*, no qual a atuação precária da Defensoria Pública incorreu no desrespeito de prerrogativas do acusado, a exemplo da ausência do duplo grau de jurisdição e de ampla defesa, tendo sido, posteriormente reconhecidos tais vícios pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No referido julgado, destacou-se a necessidade de organização e incentivo da defesa técnica, tal como a prestação de um serviço eficiente e seguindo o Princípio da Paridade de Armas. SILVA, Franklyn Roger Alves da; ESTEVES, Diogo. **A responsabilidade internacional pelas deficiências da Defensoria**. Consultor Jurídico, São Paulo, 18 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/responsabilidade-internacional-pelas-deficiencias-defensoria>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 619.751. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 14 de dezembro de 2020. Disponível *online* em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=119378769&tipo_documento=documento&num_registro=202002721751&data=20201215&formato=PDF. Acesso em: 23/02/2021.

¹⁷ Ver item 2.3.1 do presente trabalho.

conduta da Defensoria Pública no momento em que esta, ao averiguar que os termos não eram benéficos ao impetrado, se tratando de causa de arquivamento do processo, não os ter aceitado, fundamentadamente, e tomado as providências que julgasse cabíveis. Ao contrário não poderia ter agido, considerando que anuiu com as estipulações e não se manifestou acerca de ilegalidades perante Juízo e Tribunal, rompendo assim com a confiança da parte adversa ao causar-lhe surpresa no momento em que manifestou sua irresignação nunca antes manifestada.

Discutir a materialidade do caso, em especial perante Tribunal que constitucionalmente está autorizado a analisar tão somente conflitos de legalidade entre normas, e não o mérito da persecução, implicaria nova análise da justa causa da ação penal, o que, além de fugir de seu escopo, demonstra comportamento contraditório, vez que para a celebração do Acordo, presume-se certa a justa causa, tanto que, se não ocorresse, valer-se-ia o defensor de meio mais adequado para a própria absolvição do réu, bem como se abre mão do direito de a reclamar posteriormente. Isso porque, se não há motivação jurídica para a condenação jurídica, não deveria ser a ação suspensa, como ocorreria no Acordo de Não Persecução Penal, mas sim extinta.

A lealdade processual não deve ser observada tão somente pela Defesa, mas também, em igual importância, pela Acusação, em relação ao procedimento persecutório que lhe é típico. Franklyn Silva, autor do artigo que expõe as noções de lealdade supra mencionadas¹⁸, utiliza como exemplo de atuação do Órgão a não continuidade de investigações e procedimentos que visem à condenação ou pioria de situação do réu, já que, celebrado o Acordo entre as partes, superadas questões atinentes à autoria, materialidade e mérito do crime em tese praticado, devendo somente ser assinado naqueles casos em que não restem dúvidas em relação a qualquer destas.

Porquanto discorre-se acerca de tais preceitos, majoritariamente advindos do direito comparado, em atenção à mutualidade benéfica que se espera, necessário tratar, como exemplo negativo da conduta acusadora, do instituto conhecido como

¹⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. A postura da defesa nos Acordos de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, Rio de Janeiro, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/tribuna-defensoria-postura-defesa-Acordos-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 01 mar. 2021

*overcharging*¹⁹, a qual já demonstrou uma preocupação aos juristas norte-americanos, pioneiros no sistema utilizada no Brasil. Tal termo relaciona-se ao comportamento intimidatório do Ministério Público, caso do Brasil, no qual o réu é quase coagido a acatar termos prévia e unilateralmente formulados, ainda que saiba que não lhe assiste razão sequer no prosseguimento da persecução, muito menos na condenação, prejudicando assim direitos processuais e preceitos éticos.

Vale lembrar que o *Parquet*, já assume na prática judiciária brasileira papel que não lhe cabe, o de aliado ao Juízo, reforçada tal atribuição perante a percepção de diferenças de tratamento entre acusação e defesa, o próprio lugar do Órgão em caso de audiência e a disparidade prática tanto de recursos como de armas com a Defesa. Imperioso que o Juiz das Garantias²⁰, portanto, combata tal ação do Ministério Público, se ocorrer, impedindo que este imponha medida mais gravosa do que a necessária para o réu, seja por intimidá-lo com seu papel institucional e atuação agressiva, seja por ameaçá-lo com elementos que sequer foram comprovados, celebrando assim o verdadeiro significado de fidelidade entre as partes.

Os Acordos celebrados a partir da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, realizada dentre os dias 10 a 14 de agosto de 2020, devem, conforme orientação desta em seu Enunciado n° 28²¹, englobar práticas típicas de justiça restaurativa. A justiça restaurativa, forte significado trazido pelo Conselho Nacional de Justiça²², caracteriza-se como a ramificação que busca, por meio de métodos e técnicas, retratar-se o Poder Estatal com o agente que experimentou alguma forma de dano, decorrente da incapacidade do ente em evitar a ocorrência deste, na seara criminal grande parte em decorrência da não implementação de políticas públicas de qualidade e eficácia.

Durante o ano de 2021, assim como em anos futuros, espera-se que haja exponencial aumento de proposituras do Acordo, bem como que seja o instituto

¹⁹ MONTEIRO, Pedro. O *overcharging* e o Acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-24/monteiro-overcharging-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 08 mar. 2021.

²⁰ Figura que, reitera-se, está atualmente suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal

²¹ O referido enunciado possui a seguinte redação: “Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos Acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/2014 do CNMP.”

²² <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/justica-restaurativa/>. Acesso em: 16/03/2021

cada vez mais fomentado e prestigiado, tanto pelo Poder Judiciário, como procurado pelas partes, concretizando cada vez mais o instituto no ordenamento jurídico, ainda que muitos dilemas envolvendo seu alcance restem pendentes de esclarecimento. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em jurisprudência recente, considera a não oferta do Acordo de Não Persecução quando assim possível, causa de reconhecimento de constrangimento ilegal, desde que anterior ao recebimento da denúncia, conforme se demonstra infra:

Ementa: Habeas Corpus. Art. 306 do ctb. Pedido de remessa dos autos ao ministério público para análise de *acordo* de não *persecução* penal. Art. 28-A do cp. Denúncia recebida antes da vigência da lei nº 13.694/2019. Impossibilidade. **A possibilidade de Acordo de não persecução penal introduzida pela Lei nº 13.964/2019, ao incluir o art. 28-A no CPP, se equipara à transação penal quanto a ambos os institutos serem de aplicação na fase pré-processual, ou seja, antes do recebimento da denúncia e, uma vez formalizados e cumpridas as condições impostas, inviabilizam a instauração da ação penal. Logo, não permitir o oferecimento do Acordo de não persecução penal quando presente, nos termos legais, sua possibilidade no caso concreto, constitui constrangimento ilegal a ser atacado pela via do habeas corpus.** Impetração conhecida. Na espécie, o paciente postula o sobrestamento do feito e, posterior, remessa ao Ministério Público para análise dos requisitos e oferecimento de *Acordo* de não *persecução* penal, tendo em vista a decisão do juízo a quo que, acolhendo a promoção ministerial, indeferiu o pedido, eis que já recebida a denúncia. Com efeito, o Acordo de não persecução penal, tal como introduzido pela Lei nº 13.964/2019, pode ser firmado desde que a denúncia ainda não tenha sido recebida. Admitir sua possibilidade quando já recebida a denúncia é incompatível com o próprio instituto, já que o Acordo é de natureza pré-processual. Logo, no caso, tendo a denúncia sido recebida anteriormente à entrada em vigor da alteração legislativa que introduziu a possibilidade de Acordo de não persecução penal (art. 2º do CPP), ausente constrangimento ilegal. Precedentes. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Criminal, Nº 70084750777, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em: 17-12-2020)²³ (grifei).

No julgado em questão, cuida-se de caso em que o paciente cometera, em tese, infração defesa pelo Código de Trânsito Brasileiro. Foi oferecida a possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Penal, pelo Ministério Público, o qual, posteriormente, proferiu opinião contrária à continuidade deste, pois

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* Criminal nº 70084750777. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: José Ricardo Coutinho Silva. Porto Alegre, 17 de dezembro de 2020. Disponível *online* em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084750777&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 19/02/2021.

já ofertada denúncia, não obstante o próprio representante ter conhecimento da natureza pré-processual e obstrutiva da exordial ministerial. Os votos dos Desembargadores foram proferidos no sentido de conhecer do recurso porquanto meio cabível para atacar decisão que incorre em constrangimento ilegal, como ocorreu no caso quando o Juízo de primeiro grau, após manifestação do *Parquet*, afastou a incidência do instituto.

Não obstante, no mérito, as decisões não foram favoráveis ao paciente que se valeu do remédio constitucional adequado, por não reconhecerem os julgadores cabível o Acordo de Não Persecução Penal quando já recebida denúncia pela instância inferior. Com todo o respeito e admiração que se tem ao Ministério Público, melhor sorte deveria socorrer ao impetrante, tendo agido o Órgão de maneira contrária à consideração mútua que tanto espera quanto lhe é devida, não podendo se aceitar que ofereça esperança de condições melhores ao investigado e, no momento seguinte, por arbitrariedade de seu representante, retire-a de maneira tão desleal, somente trazendo ao conhecimento da parte adversa perante o Juízo, local onde já sofrendo de sentimento de inferioridade, em regra e conforme anseio pessoal.

Diferentemente do tipo penal de constrangimento ilegal previsto pelo artigo 146, *caput*, do Código Penal²⁴, no âmbito processual tal constrangimento²⁵ relaciona-se com algum vício de ilegalidade que causa prejuízo ao réu, ao exemplo do excesso de mora, da não progressão de regime quando possível ou, em atenção ao posicionamento do Relator, no processo anteriormente reproduzido, o não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal. Para além dos exemplos já explanados, este é outro forte indício da aceitação prática do instituto, não sendo provável sua mitigação, ainda que possíveis interpretações em sentidos divergentes, cabendo ao julgador prevento aplicar, ao caso concreto, seu livre convencimento motivado para suprimir, em caráter excepcional enquanto hierarquicamente inferior fonte do direito, as lacunas que somente serão resolvidas, pensa-se, em futuro abundantemente distante, como já de praxe, infelizmente, no país.

²⁴ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 69.

2.2 DA JUSTIÇA NEGOCIAL: TENDÊNCIA EM EXPANSÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A justiça consensual sobrepõe-se à justiça conflitual, e foi idealizada como uma política criminal de resposta a sobrecarga de lides que, ora trazidas ao conhecimento do Poder Judiciário, rompendo a inércia deste, encontram-se pendentes de julgamento, observada a característica da população brasileira em manter uma alta porcentagem de judicialização dos conflitos, em desfavor da conciliação dos mesmos. Para a efetivação, no caso concreto, dos preceitos da justiça negocial é necessária a adaptação de todos os Órgãos atrelados ao processo, de modo a romper com ideais já ultrapassados, considerando-se que a lei reflete os costumes da época em que fora redigida. Desta forma, portanto, não se pode permitir que o direito penal e o direito processual penal mantenham-se nos mesmos termos em que positivados décadas anteriores, haja vista o dinamismo ser característica perceptível em todas as gerações, restando óbvio que, por certo, suas posições acerca de variados temas também são mutáveis.

Neste sentido, dispõe Francisco Dirceu Barros:

Os Acordos criminais ou a chamada justiça penal negociada implica em uma mudança de mentalidade em todos os operadores do direito (promotores, juízes, defensores públicos e advogados) que, hoje, seguem doutrinas elaboradas no século XVIII, as quais chegaram ao Brasil com o Código Penal e o Código de Processo Penal, ambos na década de 40. Uma verdade precisa ser estabelecida: todo o ordenamento jurídico mundial criou mecanismos para estimular a justiça criminal consensual, trazendo à tona uma nova política criminal, que visa evitar o uso do processo penal tradicional, optando pela utilização de institutos negociais²⁶.

Essencial, primordialmente, a mudança da mentalidade excessivamente acusadora²⁷, já que não mais se permite que o agente seja intimidado a aceitar condições pré-estabelecidas que em pouco lhe beneficiam e agregam, idealizadas de acordo com o objetivo final do Ministério Público em condenar da forma mais severa seja possível. Ao contrário, os termos devem ser benéficos e justos para ambas as partes, preservado os direitos subjetivos de que goza o réu, bem como garantindo a sanção do delito cometido, requisito essencial para a reintegração

²⁶ BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. São Paulo: Jh Mizuno, 2020, p. 09

²⁷ GERBER, Daniel. **A largada da negociação penal**. Consultor Jurídico, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-22/daniel-gerber-largada-negociacao-penal>. Acesso em: 26 set. 22

social do ofensor, de modo que, somente assim, se estará atingindo o verdadeiro significado de expressões como consenso e negociação.

Tal modalidade de justiça, segundo Pedro Monteiro²⁸, não acarreta em qualquer desrespeito ao Estado Democrático de Direito, pilar constitucional que permite que o sistema atual não siga o exemplo de seus predecessores autoritários, ao contrário, permite observar-se o direito sob nova ótica, a de diversificação de mecanismos de caráter repressivo. Verdade é que o direito penal aplica-se, majoritariamente, quando já cometidos os delitos que o Código Penal e a legislação esparsa buscam evitar, com pouco sucesso, mas isto não significa afirmar que incabíveis institutos despenalizadores, ao exemplo do referido Acordo.

Ainda que a resposta estatal precise ser adequada e severa, imperioso que se aplique a cada caso proporcionalidade entre o tipo de delito cometido e o *jus puniendi*²⁹, ganhando destaque a justiça consensual ao permitir que delitos mais leves prescindam de aplicação de pena, permitindo maior concentração do aparato estatal aos casos complexos que lhe caibam. Não há renúncia a direito subjetivo ou fundamental, no Acordo de Não Persecução Penal, mas sim relativização da força protetora que as normas penais conferem ao réu, vez que anteriormente severamente desrespeitadas, de modo a lhe beneficiar com o afastamento de instituições de cumprimento de eventual pena, as quais, conforme popularmente se sabe, na maior parte dos casos importam em agravar as condutas e fomentar uma espécie de poder paralelo, a do hábito criminal voluntário.

Compreende-se, portanto, que se trata a justiça negocial de medida necessária para conservar, não só a atuação do direito penal, neste caso representado pelo processo litigioso, enquanto última *ratio*, um dos mais importantes princípios que disciplina a matéria, como também atua como uma forma menos morosa para a obtenção da tutela ou sanção desejadas, haja vista a maior faculdade em promover composições. Acerca deste tema, relevante reproduzir a crítica do professor alemão Bernd Schünemann:

O ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo (audiência de instrução e julgamento), reconhecendo os princípios da publicidade, oralidade e imediação somente é realizável em uma

²⁸ MONTEIRO, Pedro. A justiça penal consensual afronta o estado democrático de direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/opinia-justica-penal-consensual-afronta-estado-democratico>. Acesso em: 09 mar. 2021.

²⁹ Em tradução livre, tal termo trata do poder conferido ao Ente Estatal de punir eventual agente transgressor das normas estipuladas pelestes, nos limites legais anteriormente impostos.

sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário. Nas sociedades pós-modernas desintegradas, fragmentadas, multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento³⁰.

Neste sentido, verifica-se que o Poder Judiciário não dispõe de recursos e condições tantas de modo a acolher feitos que de outro modo poderiam, satisfatoriamente, ser resolvidas, não tendo sido idealizado para tal função, vez que sua sobrecarga foi se dando de maneira gradual, ao longo dos anos em que a mentalidade da população modificou-se, em decorrência da proibição à vingança privada. Tendo o Estado avocado o direito de punir determinadas condutas, este que, até sua transição, cabia aos cidadãos, por meio da possibilidade de aplicarem suas próprias sanções quando deparados, em tese, com a prática de um crime, por exemplo, e assim o fez de maneira acertada, por óbvio deveria desempenhar a tarefa na qual substituiu a vontade da vítima de forma satisfatória, o que se obstaculiza com o volume de demandas trazidas ao seu conhecimento, causadas pelos próprios ideais populares em apreciar o litígio enquanto única maneira de solucionar seus conflitos pessoais.

Não obstante se tratar de tendência ainda em expansão no ordenamento brasileiro, a negociação de termos e condições já era antes prevista, em matéria penal, não se tratando, neste sentido, de inovação completa como ocorre em outras searas. É possível constatar tal previsão anterior com a análise de institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambas previstas pela Lei n. 9.099/95, denominada Lei dos Juizados Especiais, em seus artigos 76 e 89, respectivamente, bem como a colaboração premiada.

Em síntese, a transação é medida pré-processual, aplicável somente aos delitos de menor potencial ofensivo, competência dos Juizados Especiais Criminais, cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, ou às contravenções penais. Deve ser caso, conforme dita a referida lei, de ação penal pública incondicionada ou

³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global, in Obras. Tomo II, Rubinzal Culzoni: Buenos Aires, 2009, p. 423

condicionada à representação³¹, ao passo que não se pode aplicar em qualquer das hipóteses de arquivamento dos autos, agindo o titular da ação no sentido de aplicar, de imediato, a pena restritiva de direitos ou de multa.

Já a suspensão condicional, apesar de também se tratar de medida pré-processual, aplica-se aos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano, devendo o Ministério Público ofertar a suspensão do processo por dois a quatro anos, a qual depende da concordância do réu para ser aplicável ao caso concreto. Perpassado o prazo e cumpridas às condições exigidas, o feito é extinto, não subsistindo reincidência ou antecedentes criminais; ao contrário, se desrespeitados os termos, o processo retoma seu curso do momento em que fora suspenso.

A colaboração premiada, por fim, encontra-se prevista em diversos procedimentos, a exemplo daqueles disciplinados pelas Leis nº 12.850/2013, Lei das Organizações Criminosas, nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos e Equiparados, e nº 9.613/98, Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens, dentre outros. Neste instituto, um réu, denominado delator, de forma voluntária e em busca da redução de sua pena ou de perdão judicial, informa a prática de outros crimes, por outros agentes, a respeito dos quais não tenham as autoridades conhecimento, ou a acusação satisfatório material probatório, ou ainda presta informações pertinentes a outros processos.

O Acordo de Não Persecução deve, entende-se, gozar deste tratamento judicial facilitado, em que não tantos os empecilhos para sua oferta e aceitação, de que gozam os casos de transação penal anteriormente aplicados, haja vista se tratarem de institutos que partilham de diversas similaridades, dentre elas a caracterização da medida enquanto pré-processual, a ocorrência de condutas passíveis de entendimento como leves, ou, ao menos, menos reprováveis, e a impossibilidade de oferecimento quando não se tratar da medida mais benéfica ao

³¹ Conforme demonstrado infra, há possibilidade de promoção de Acordos entre acusação e defesa nos casos de delitos de menor potencial ofensivo, comparável ao Acordo de Não Persecução Penal a transação penal, vez que similares os objetivos, ainda não havendo, porém, qualquer afirmação no sentido de permitir a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal em caso de ações de iniciativa própria do ofendido. É possível, defender o argumento de sua admissibilidade nos casos de ação penal privada, em analogia ao caso dos delitos de menor potencial ofensivo, como forma de não causar malefício ao réu, mantendo-se o Ministério Público enquanto ente responsável para a elaboração dos termos do consenso, já que ainda ressalvada prerrogativa sua de atuar enquanto fiscal da lei, conforme posicionamento de Gustavo Lara Braz de Lima, no artigo “Acordo de Não Persecução Penal em Ação Penal Privada”, disponível *online* em: <https://canalcienciascriminais.com.br/Acordo-de-nao-persecucao-penal-em-acao-penal-privada/>. Acesso em 20/10/2020.

cidadão, como é o caso de arquivamento. O presente trabalho, porém, conforme se ocupa em demonstrar em capítulo posterior, somente acredita não ser aplicável ao Acordo a natureza de direito subjetivo do acusado, defendendo a tese de que, em conformidade com o texto normativo que o disciplina, cuida-se de faculdade do Ministério Público.

Parece haver, com a ampliação do espectro negocial no processo penal, bem como com a possibilidade de Acordo entre os polos, em momento prévio à denúncia, a ampliação de precedentes a justificarem, nos próximos anos, uma maior relativização da obrigatoriedade da ação por parte do Ministério Público, justamente pela forte carga consensual visada como o futuro do Poder Judiciário, de forma a torná-lo mais céleres nos casos em que, de fato, deve interferir³². A imperatividade em oferecer, em todos os casos, denúncia, configura-se como “O grande obstáculo que se levantado contra a possibilidade de celebração de Acordos penais (...) não há dúvidas, sempre foi o denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal”³³.

Não significa afirmar, entretanto, que este princípio irá extinguir-se, visto que por anos positivado no texto processual, especificamente artigos 24 e 42 do Código de Processo Penal, mas sim dizer que este, como ocorre com todos os outros princípios, não é absoluto, hipótese que já se poderia deduzir pela análise de institutos negociais anteriormente referidos, somente indo ao encontro destes. Sem dúvidas, é maior o interesse social na célere resolução da lide trazida pela composição, do que na morosidade trazida por todo o procedimento processual, até o trânsito em julgado da ação perante o Juízo competente.

Alexandre Moraes da Rosa e Gina Muniz tecem duras críticas ao Acordo de Não Persecução Penal enquanto instrumento de justiça negocial³⁴, que surgira com o intuito de resfolegar o já sufocado procedimento criminal no país, permitindo o

³² Não é demais referir no que consiste tal princípio, segundo as lições de Guilherme de Souza Nucci, segundo as quais a indisponibilidade se entende como a “obrigatoriedade do ajuizamento da ação penal, que vige no processo penal, para os crimes de ação pública incondicionada, não pode o representante do Ministério Público, uma vez interposto o recurso, dele desistir. Logicamente, não é obrigatório o oferecimento do recurso, mas, feita a opção, desistência não haverá.”, fulcro obra NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 19 ed. Rio de Janeiro Forense: 2020. p. 1.010

³³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 15.

³⁴ ROSA, Alexandre Moraes da; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Resta algo do pacote anticrime? Mais punição e menos garantias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-13/limite-penal-resta-algo-pacote-anticrime-punicao-garantias>. Acesso em: 04 fev. 2021.

consenso, antes considerado improvável, entre ambas as figuras essenciais à manutenção da Justiça, Defesa Técnica, seja esta constituída na modalidade particular ou pública, e Ministério Público, já que para a verdadeira configuração de uma negociação, nenhuma das partes pode restar completamente satisfeita, sob pena de prejuízo em desfavor da outra, atendo-se aos objetivos diretamente opostos entre elas. Com o trâmite do projeto de lei até a situação de norma penal positivada que lhe é conferida atualmente, o objetivo reparador da medida deu espaço a mais práticas punitivistas.

Tal declínio somente teve chance de ocorrer em atenção aos reflexos sociais contemporâneos, nos quais grande parcela população não mais acredita em ressocialização ou mesmo respeito aos direitos humanos fundamentais garantidos constitucionalmente aos agentes que, em tese, incorreram em algum ilícito, ainda que protegidos e incentivados por lei, ao passo em que buscam aplicar aos casos concretos maiores sanções, sem nunca preocupar-se em extinguir a motivação da conduta, incorrendo em padrão vicioso e pouco eficaz, no qual cada vez se gera mais violência e oposição. Ainda que o Acordo de Persecução Penal não se aplique em crimes praticados com o emprego de violência ou grave ameaça, faz-se necessária tal observação, vez que a tendência ao privilégio de casos de *reformatio in pejus*, ainda que não permitidas, mas almejadas, explica a parcela de insucesso e a dificuldade de implementação de um sistema predominantemente consensual, respeitada a aplicação residual do direito penal.

Consequências práticas de tal comportamento, apontadas pelos autores, são a atuação parcial e protagonista do Juiz nos conflitos criminais, bem como o endurecimento de normas repressoras, a diminuição de garantias processuais e materiais e a contaminação dos sujeitos envolvidos no processo. A soma destes fatores é deveras reprimível, pois, para além de não importarem na solução de um imbróglio, acabam por fazer nascer outro, o da inconstitucionalidade, causando assim o aumento de casos judiciais de modo a corrigir vícios, quando a real intenção do Acordo seria justamente os evitar.

Não basta, portanto, substituir uma forma de resolução de litígios por outra que, apesar de aparentar ser mais benéfica, sob o enfoque prático não o é, ao passo em que se constata que a celeridade do procedimento acaba por importar em vícios graves ao processo penal, exemplo de violação a direitos fundamentais ou

desrespeito de prerrogativas, que, no procedimento ordinário, provavelmente, ocorreriam em menor escala, em virtude da cognição exauriente que lhe é típica. Isto significa dizer que a justiça consensual deve ser aplicada em substituição à justiça conflitual tão somente naqueles casos em que o trâmite da outra não se verifique mais benéfico, garantindo assim que o Acordo de Não Persecução Penal somente seja oferecido naqueles casos em que se tratar de medida suscitada após exame valorativo, de modo a garantir sua idoneidade.

Rodolfo de Camargo Mancuso discorre sobre tal prejuízo da autocomposição, apontando que não basta que esta seja realizada de forma automática, em razão do simples fato de ser cabível ao caso concreto, mas sim devendo garantir que seu rito acelerado assegure as mesmas segurança aplicáveis ao litígio³⁵, a exemplo do Princípio do Devido Processo Legal³⁶. Tal forma de resolução de conflitos deriva da necessidade de conclusão do numeroso volume de lides pendentes de resolução, que acabam por violar o Princípio da Duração Razoável do Processo, em virtude do qual não mais se trata a judicialização do meio mais adequado para ver dirimido o imbróglio, podendo ser entendida a positivação do Acordo de Não Persecução Penal como uma resposta, ainda que não de forma total, a deficiência de divulgação e opção de outros meios compositivos apontada pelo autor.

2.2 DO PROCEDIMENTO DE PROPOSITURA DO ACORDO

Uma vez praticado o delito e adimplidas as condições que possibilitam a propositura do Acordo, o titular da ação penal pública deverá obedecer a algumas etapas, de modo a garantir a higidez do trâmite exigido em lei. O procedimento restará cumprido somente se, de forma conjunta, for o Acordo submetido em atenção aos estágios apontados pela doutrina³⁷, na ordem em que se expõe infra.

³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019. p. 187-204; 296-318.

³⁶ O referido princípio é garantido pelo artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, sob o seguinte comando: “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³⁷ Todo o procedimento é extraído da obra de Aury Lopes Júnior: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 219-226 e 230

Inicialmente, tem-se que o Acordo de Não Persecução Penal visa a evitar o oferecimento da denúncia, peça inicial da ação penal, oferecida pelo Ministério Público, deste modo é o titular desta que tem titularidade e competência para sua elaboração, devendo garantir que os termos que estipula estejam em conformidade com a legislação vigente, bem como com o critério subjetivo da razoabilidade, haja vista o sistema acusatório, não inquisitivo, do país. Não se pretende neste preservar o sentimento de punitivismo exacerbado que por muito se verifica ocorrer em relação a grande parte dos réus ou investigados, mas sim garantir, como qualquer outro sujeito de direito, a preservação de suas garantias fundamentais, razão pela qual repudiam-se preceitos advindos do direito penal do inimigo, terceira velocidade do direito penal, no qual um sujeito que, segundo Gunther Jakobs, não é capaz de garantir seu comportamento probo, ao olhar do Estado, é considerado como inimigo deste, sem que lhe seja permitida qualquer garantia processual, porquanto sequer é entendido como sujeito de direito³⁸.

Como uma forma de manutenção de tais direitos fundamentais ao longo do decorrer, foram instituídas algumas medidas como a possibilidade de negociação dos termos, por parte da defesa, conjuntamente ao Ministério Público, bem como a possibilidade de recusa à celebração por parte deste. Entende-se que os fatos ora confessados - requisito legal imprescindível elencado no rol do artigo 28-A -, não podem constituir prova contra o réu, bem como viola o artigo 8º, §2º, g do Pacto de São José da Costa Rica³⁹, visto que, ao passo em que a denúncia é vinculativa caso não haja Acordo de Não Persecução Penal válido, ninguém é obrigado, conforme princípio *nemo tenetur se detegere*, a produzir prova contra si mesmo, inclusive o referido pacto garantiu o direito à presunção de inocência⁴⁰, especialmente em momento em que não pretendia fazê-lo, considerando que a confissão se deu

³⁸ JAKOBS, Gunther e MELIÁ, Manuel Cancio, **Derecho Penal del Enemigo**, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 55

³⁹ O referido artigo apresenta a seguinte redação: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:” [...] g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.” Idêntico direito é garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIII, bem como salvaguardado pela jurisprudência da mais alta Corte Julgadora brasileira, conforme se denota do inteiro teor dos julgamentos do Recurso Extraordinário nº 971959, julgado em 14/11/2018 e da Reclamação Constitucional nº 33711, julgada em 11/06/2019.

⁴⁰ Violação defendida por Pedro Monteiro no seguinte artigo: MONTEIRO, Pedro. **A confissão no Acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, 14 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-14/pedro-monteiro-confissao-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 24 set. 2020

visando a meio outro, qual seja a não privação de liberdade, e permitir que ela incidisse em efeito contrário ao aceite pelo réu, em surpresa deste, violaria, veementemente, a legalidade exigida.

Problemática seria a confissão se esta se prestasse para, ainda que não por fonte única, constituir material probatório em favor da acusação, já que sequer instaurado qualquer processo judicial, fato que favoreceria tão somente o Ministério Público em flagrante detrimento do réu, afastando o Princípio da Paridade de Armas. Criar-se-ia, assim, maior situação de desigualdade entre os polos, visto que, ao passo em que o titular da ação reúne, além de sua força investigativa, um dos fatores que mais pesam em desfavor do réu, sua confissão, restando o agente vulnerável e carente da maior parte de suas teses defensivas, como poderia ser o caso da negativa de autoria.

Nesta linha, salienta-se que a ampla defesa e o contraditório são inafastáveis em todo e qualquer estado de direito que vise ao mínimo de segurança jurídica, por meio, neste caso, do devido processo legal, de modo que, no âmbito do Acordo de Não Persecução Penal, tais elementos sequer foram ofertados, pelo fato de se tratar de medida pré-processual. Assim sendo, aceitar que a migração da confissão em momento em que carentes direitos fundamentais para eventual processo judicial em que estes devem ser observados, obrigatoriamente, ocorrendo a supressão de tais princípios, não somente é inadmissível, como também violaria a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso LV⁴¹.

O ato de confessar uma conduta criminosa é vista com maus olhos por muitos, podendo ter como causa a própria dificuldade em aceitar o cometimento de um ato defeso por lei, no sentido moral; táticas jurídicas ou, até mesmo, o desígnio de assim simplesmente não o fazer, configurando-se como um dos principais impeditivos práticos para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal. Na prática, se tratando de crimes de menor gravidade, pouco importa para o Órgão acusador ter conhecimento de todas as suas circunstâncias, senão para fins meramente especulativos.

⁴¹ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - 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”

Não deveria o Poder Judiciário ter de se preocupar com detalhes de execução de crimes que não envolvam elementos que necessitem de descoberta, violentos ou que patrocinados por organização criminosa, razão pela qual a confissão, para além de problemática no que diz respeito aos seus efeitos, também é dispensável. André Luis Alves de Melo⁴², ao tratar do tema, sugere que a confissão no ordenamento criminal, de forma geral, seja tratada como causa especial de diminuição de pena, substituindo a circunstância atenuante que hoje configura, de modo que seja estimulada, e não utilizada como subterfúgio para escusar-se da conduta, sob pena de nada importar ao ordenamento.

A confissão, portanto, somente importa para os requisitos do Acordo, sendo medida que somente dispõe do condão de constituir condição para o oferecimento, sem haver a possibilidade de, no futuro, em caso de descumprimento do Acordo ou de revogação deste, ser utilizada em desfavor do réu, seja como fonte de prova, seja como elemento de sua condenação. Seu caráter é, portanto, puramente formal⁴³, visto que somente apura a ocorrência de um crime e condiciona tal indício de autoria e materialidade ao oferecimento pelo Ministério Público, sendo imperativo para tal, conforme orientação do Enunciado nº 03 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴, sem importar em qualquer outro efeito que não meramente elucidativo.

Exemplo de outra medida conforme a citada supra, há a figura do Juiz de Garantias, responsável pelo, nas palavras de Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa “(...) controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (reserva de Jurisdição)(...)”⁴⁵. Em seara do Acordo de Não Persecução

⁴² MELO, André Luis Alves de. A Disfuncional Confissão no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-21/mp-debate-disfuncional-confissao-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 19 fev. 2020.

⁴³ A utilização do termo “formal” é derivada do seguinte artigo: SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. **Breves considerações sobre o Acordo de não persecução penal**. Revista do Instituto de Ciências Penais, vol. 5, 05 mai. 2020, p. 213-231

⁴⁴ O referido enunciado possui a seguinte redação: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinião delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual Acordo de não persecução penal.” Cumpre ressaltar que a referida jornada, realizada entre 10 e 14 de agosto de 2020, serve como orientação acerca da matéria de que trata, carecendo de força vinculativa por não se tratar de ato legislativo.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal**. Consultor Jurídico, 27 dez. 2019. Disponível em:

Penal, incumbe a este Magistrado⁴⁶ a averiguação, em audiência⁴⁷, de condições de legalidade dos termos e voluntariedade de ambas as partes quando da celebração deste⁴⁸, vez que a jurisdição é tanto improrrogável quanto indelegável, podendo

<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 29 ago. 2020.

⁴⁶ A fiscalização do Acordo de Não Persecução Penal, segundo a lei, compete ao Juízo das Garantias, conforme artigo 28-A, parágrafos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 12º, 13º, 14º. O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 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: [...]§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. [...] A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. § 10. 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. § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. [...]”

⁴⁷ Para além da audiência própria do instituto, recentemente, o Ato Normativo nº 9.672 do Conselho Nacional de Justiça passou a permitir a propositura do Acordo de Não Persecução Penal durante a audiência de custódia. Neste momento da pesquisa, parece não ser o ato normativo a forma adequada para dispor acerca do Acordo. Parece, também, não ser a audiência de custódia o momento adequado. Sobre o Ato Normativo, tem-se que este versava, principalmente, acerca da possibilidade de realização de audiências de custódia, por meio de videoconferência, o que antes não era permitido, em razão da pandemia que assola, no momento da elaboração da presente pesquisa, o país. Desborda de tal tema a possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Penal nesta fase judicial, vez que, se prestando para conferir a legalidade da prisão, a possibilidade de concessão de liberdade enquanto não julgado o feito e as condições físicas e psicológicas do agente, não há como se adimplir com o procedimento imposto por força do artigo 28-A do Código de Processo Penal, ressaltando-se que, para além de examinar a culpabilidade e valorar provas somente obtidas por meio do Inquérito Policial, o que se sabe não poder ocorrer, emitir-se-ia juízo valorativo apto a causar pioria nas condições do indiciado tão somente em razão de eventual confissão, assim como inviabilizaria seu Contraditório e Ampla Defesa, não se tratando a audiência em questão meio hábil para produzir dilação probatória típica da fase instrutória, tampouco viabilizar a totalidade de manifestações a ela inerentes. FERNANDES, Myrella Antunes. **Os riscos do Acordo de não persecução penal nas audiências de custódia**. Consultor Jurídico, São Paulo, 29 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-29/myrella-fernandes-riscos-anpp-audiencias-custodia>. Acesso em: 30 nov. 2020. AZEVEDO, Nathalia Parente de; FONSECA, Tiago Abud da. **O ANPP na audiência de custódia e o teatro dos horrores**. Consultor Jurídico, São Paulo, 03 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/opiniao-anpp-audiencia-custodia-teatro-horrores>. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁴⁸ A figura do Juiz de Garantias encontra-se suspensa, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal proferida quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298. A motivação para tal suspensão encontra respaldo no fato de que deve ser concedido prazo para que todos os Tribunais do país organizem-se, de maneira a garantir a aplicabilidade do instituto, tratando-se este de relevante reforma na organização judicial. VALENTE, Fernanda. **Juiz das garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux**. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 fev. 2020.

homologá-lo, se ausentes quaisquer vícios, ou remetê-lo ao Ministério Público para reforma de termos específicos, elaboração de novo Acordo ou desistência e oferecimento da denúncia, ou ainda, em negativa do Órgão em atender ao segundo comando, negar a homologação, surgindo o direito, caso a acusação permaneça inerte, da interposição, por parte da vítima, de ação privada subsidiária da pública, garantida pelo artigo 29 do Código de Processo Penal, não tendo sido proferida qualquer manifestação do Órgão, ainda que para desclassificar o crime ou requerer diligências, por exemplo.

Ainda que existam críticas acerca da necessidade de averiguação dos termos pelo Juízo responsável por fugir a lógica de justiça consensual⁴⁹, atualmente é indispensável que haja um Órgão visando somente ao controle de legalidade no Brasil. Isto se dá, pois, ainda que haja razão em informar que a justiça negocial deve ser exercida por autoridade outra que um Magistrado, ainda se mantém o desrespeito a prerrogativas fundamentais dos réus e, assim sendo, é essencial que outro Órgão, em tese imparcial, que não o responsável pela acusação, ateste que o Acordo não causará qualquer prejuízo ao agente, de forma a minorar por cada vez mais os índices negativos que atualmente estão atrelados ao Processo Penal.

Caso celebrado o Acordo, de forma legal e hígida, o Ministério Público deve decidir por uma das medidas, ou mais, dentre as quais estão elencadas nos incisos I a V do artigo 28-A, a serem cumpridas pelo agente, dentre as quais a reparação do dano causado; a renúncia a bens e direitos; a prestação de serviços comunitários; a pena pecuniária ou outra medida estipulada pelo Ministério Público, desde que esta seja meio suficiente e razoável para sancionar o delito, bem como promover a execução destas. Se cumpridos os termos de forma correta e integral, torna-se o Acordo causa extintiva de punibilidade, declarada em Juízo, extinguindo-se os efeitos penais decorrentes de eventual condenação, sendo vedado a este agente que se beneficie deste instituto por cinco anos após sua extinção⁵⁰.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-aterreferendo-plenario>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴⁹ Opinião trazida por Leonardo Marques no seguinte artigo: MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Acordo de Não Persecução Penal: Um novo começo de era (?)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicos/51/442>. Acesso em: 27 set. 2020

⁵⁰ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 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

Ao contrário, se descumpridos os termos, deve o Ministério Público informar os fatos ao Juízo, seja o de conhecimento ou das garantias, acaso seja julgado o segundo não mais figura suspensa no ordenamento brasileiro, ocasião em que este designará data para audiência visando à oitiva do beneficiário acerca das razões e circunstâncias pelas quais não fora cumprido o pactuado, bem como averiguará, em atenção ao desenvolvimento já empenhado, se há condições de considerar substancialmente acatado o Acordo, importando nas mesmas consequências de sua celebração idônea. Não socorrendo melhor sorte ao agente, o Ministério Público promoverá a rescisão do Acordo, bem como dará início a sua persecução penal e ao oferecimento da denúncia, seguindo-se o trâmite estipulado pelos artigos 24 e seguintes do Código de Processo Penal, oferecendo a denúncia perante o Juízo comum, bem como possibilitando o contraditório e a ampla defesa, típicos do processo judicial, para que a matéria seja decidida ao fim do trânsito em julgado da sentença, seja ela condenatória ou não.

Enquanto não homologado ou rescindido o Acordo, entretanto, não correrá prazo prescricional, conforme determina o artigo 116, inciso IV, do Código Penal⁵¹, demandando agilidade na decisão, seja em qualquer dos sentidos. Caso configurada a celeuma processual, inevitável que o procedimento seja vítima deste limbo que afeta diversos dos processos em curso, bem como para que não haja rompimento com o objetivo de celeridade processual que é um dos principais arca-bouços para a sustentação do instituto, sob pena deste perder sua validade prática e, futuramente, ainda que o artigo 28-A do Código de Processo Penal não seja revogado expressamente, assim o possa ser de forma tácita, no cotidiano dos operadores do direito, em decorrência de suas lacunas, burocracia e perda de seu ensejo principal, o alívio e a presteza do judiciário.

2.2.1 DOS REQUISITOS E IMPEDITIVOS

crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...] § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] 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”.

⁵¹ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: [...]IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o Acordo de não persecução penal”.

Em relação aos requisitos para a celebração do Acordo, o *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal elenca quatro hipóteses, mesclando caráter objetivo e subjetivo dentre as mesmas. As de natureza objetiva, ou seja, que se relacionam com o delito, são a ausência de violência ou grave ameaça e pena mínima inferior a quatro anos. As de natureza subjetiva, por sua vez, são aquelas que se relacionam com o agente, exigindo-se o réu confesso - confissão esta que, ao menos nos termos do dispositivo legal, deve ser formal e circunstanciada -, e que a medida seja necessária e suficiente para sancionar sua ação e prevenir novos delitos de mesma natureza.

Cabíveis alguns apontamentos, de modo a aprofundar a lacuna legal não preenchida pelo Código, já que a primeira crítica dá-se em relação à confissão, que por si só, no direito penal, não importa em condenação⁵², demandando a apuração do crime e a obtenção de elementos comprobatórios de imputabilidade e de materialidade, mas que, em caso de descumprimento do Acordo, nada menciona a lei em impossibilidade de prova em desfavor do réu. Trata-se de fato latente que, não sendo necessária a produção de auto prova, a confissão lhe causaria prejuízo futuro, assim como, comprovada a verossimilhança das narrações, se tratando de circunstanciada, portanto averiguada, macularia a convicção da acusação e do Juízo, podendo ocorrer ilegalidades na já delicada cadeia de provas brasileira de modo que ações obscuras poderiam justificar condenação injusta e sem verdadeira motivação, tornando-se assim elemento hábil a ensejar, de forma exclusiva, condenação do réu.

Outra crítica que se pode fazer é em relação ao demasiado caráter subjetivo conferido ao Ministério Público ao permitir que este somente proponha o Acordo de Não Persecução Penal em se tratando este de meio necessário e suficiente para reparar o injusto. *A priori*, não se há qualquer segurança jurídica, tão prestigiada pela Constituição da República Federativa do Brasil, visto que critérios vagos como necessidade e suficiência mudam seu significado conforme cada promotor,

⁵² Adverte Aury Lopes Júnior que a confissão é meio de prova comum e subjetivo, de modo que, ao contrário do que outrora vigorou, não prepondera sobre outros meios probatórios, tampouco é meio hábil para garantir, de forma plena, a culpabilidade do sujeito, conforme lição de sua obra LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 500. Não é demais referir a previsão do artigo 197 do Código de Processo Penal: “Artigo 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

justamente pelo fato de que indivíduos com experiências e cotidianos divergentes, por óbvio, têm posicionamentos diferentes, permitindo que a razão pela qual um deles nega o Acordo não seja considerada como impeditiva pelo outro e vice-versa. Levando em conta o papel institucional do Ministério Público em promover a persecução penal, - figurando como adversário direito do réu -, perigo é que se permita que este goze de tamanha liberdade de modo que, em alguns casos, se afaste do réu situação que lhe beneficia por, em verdade, questões supérfluas como a antipatia que se tem por sua pessoa e, ainda que se possa reverter a negativa, não há garantia no tratamento justo, tampouco não se poderia esperar não haver, já contando em prejuízo do réu, a mentalidade punitiva que representa o próprio Ministério Público.

Em virtude da natureza de benefício ao réu de que goza o Acordo de Não Persecução Penal, assim como ocorre em institutos semelhantes, a exemplo da Transação Penal que guarda alguns pontos quase idênticos com este, sua aplicação não pode ocorrer de forma irrestrita, mas sim privilegiar alguns delitos considerados de menor gravidade, bem como se atentando a condições pessoais do agente. São quatro os impeditivos arrolados no parágrafo segundo do artigo 28-A do Código de Processo Penal, não se tratando tal lista de exemplificativa, mas sim exaustiva com possibilidade de ampliação, seja por meio de alteração no diploma ou de edição de legislação extravagante, de modo a garantir sua aplicabilidade idônea, coibindo recusas manipuladas por mero posicionamento ideológico e subjetivo.

A primeira vedação é a de impossibilidade de celebração em se tratando de caso cabível de Transação Penal ou arquivamento do inquérito, vez se tratarem de medidas mais benéficas ao réu. No primeiro caso, a hipótese delitiva é mais branda, visto que só se aplica aos delitos de menor potencial ofensivo cuja pena máxima abstrata não perpassa dois anos, ou contravenção penal, as possibilidades de penas são menores, englobando somente pena restritiva de direito ou de multa, bem como impõe menos condições para seu oferecimento, somente, além do tempo da pena, a situação de réu primário e bons antecedentes. Já no arquivamento, ainda que se trate de medida reversível em razão da não ocorrência do trânsito em julgado nem do aprofundamento da cognição, se configurando esta como sumária pois o Juízo somente manifesta-se no sentido de determinar ou não o arquivamento e suas motivações, sequer instaura qualquer procedimento judicial, justamente por não

conseguir o representante do Ministério Público comprovar existentes os elementos da ação que darão base a sua denúncia, quais sejam a probabilidade delitiva e a culpabilidade.

Dois outros requisitos são semelhantes, quais sejam a impossibilidade de propositura do Acordo em caso de reincidência, conduta criminal habitual, profissional ou reiterada, ou em caso de ter sido o agente beneficiado, em menos de cinco anos, por outro benefício, dentre eles o próprio Acordo de Não Persecução Penal, Transação Penal ou Suspensão Condicional do Processo. Tal impossibilidade demonstra a intenção do legislador em beneficiar somente aqueles que não tenham condutas criminosas como padrão recorrente em suas vidas, de modo que seria possível imputar-lhes condições menos rigorosas, antes ao fato de que um deslize pessoal possa ter ocorrido, sem demandar a aplicação de toda a força penal no caso de condutas menos reprováveis.

O Código Processual Penal vedou os duplos benefícios ao não permitir a cumulação de negociações com o Ministério Público, caso das três hipóteses, em período inferior a cinco anos. Reiterada a preferência por agentes que tenham meramente cometido um injusto menos grave e de forma pontual, demonstra-se o caráter excepcional da medida.

Por fim, não é cabível o Acordo em caso de crime cometido em situação de violência doméstica e familiar, sob a égide da Lei Maria da Penha, ou contra mulheres, em razão do gênero, por certo, tal vedação constitui uma medida de política criminal que deriva de uma necessidade de resposta cobrada do ordenamento brasileiro aos assustadores dados estatísticos do país, dos quais se subtrai que o Brasil é um dos países em que mais mulheres são vítimas de crimes contra sua vida, diariamente⁵³, o que acontece por questões sociais como a desigualdade entre gêneros. O Superior Tribunal Militar também já declarou incompatível, e portanto inaplicável, o oferecimento do referido Acordo em caso de crimes praticados no âmbito militar, abrangidos pela redação do Código Militar⁵⁴.

⁵³ Dado extraído de <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>

⁵⁴ Decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* nº 7000374-06.2020.7.00.0000, Relator. Ministro. José Coelho Ferreira, Plenário. Julgado em. 26.08.2020. Em suma, a possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Penal foi afastada em razão do regime que é próprio aos crimes militares ser veementemente adverso ao regime criminal comum, conforme se extrai da ementa do julgamento: Ementa: “Habeas Corpus. Crime capitulado no art. 290 do CPM. Preliminar de não conhecimento. PGJM. Rejeição. Unanimidade. Mérito. art. 28-a do CPP. Instituto da não persecução penal. Negativa

De igual modo, incabível o oferecimento do Acordo nos casos de tráfico de drogas⁵⁵, motivados por dois fatores distintos; a gravidade do delito e o critério temporal da pena. Nos casos de tráfico, afasta-se a incidência do benefício, pois as condutas previstas na legislação extravagante que regula o delito⁵⁶ são equiparadas aos crimes hediondos, em virtude do sistema de violência que está por trás do aparentemente simples ato de comercialização de substâncias entorpecentes para fins, em maioria, recreativos.

Sabido que, ainda que o responsável pela venda dos ilícitos em pontos específicos não desempenhe grande papel, com o aumento das disputas por locais de venda surgiram diversas facções criminosas que batalham entre si pelo monopólio de maior quantidade destas, as quais são grandes responsáveis pelos estados de calamidade, violência e elevadas taxas de crimes, haja vista a implacabilidade de suas condutas. De mesmo modo, o Acordo não se aplica pois o cotidiano de algum agente que venha a praticar o tráfico de drogas demonstra a habitualidade nesta conduta, por óbvio não se podendo permitir que o desrespeito habitual de normas jurídicas seja atenuado pela concessão de uma benesse, vez que, por certo, repetir-se-á, não podendo o Ministério Público ofertar o Acordo em prazo inferior a cinco anos da celebração anterior, se mostrando pouco eficaz a celebração anterior.

de aplicação. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Inaplicabilidade. Denegação da ordem de Habeas Corpus. Unanimidade. I - Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do Habeas Corpus, suscitada pela PGJM, considerando que a questão relativa à transação penal comporta arguição por meio do mencionado remédio constitucional. Decisão unânime. II - O instituto do Acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, não se aplica aos crimes militares previstos na legislação penal militar, tendo em vista sua evidente incompatibilidade com a Lei Adjetiva castrense, opção que foi adotada pelo legislador ordinário, ao editar a Lei nº 13.964, de 2019, e propor a sua incidência tão somente em relação ao Código de Processo Penal comum. III - Inexiste violação dos preceitos constitucionais, insculpidos no art. 5º, caput, e incisos LIV e LXVIII, da Constituição Federal de 1988, e art. 467, "b" e "c", do CPPM, já que a negativa dos Órgãos judicantes da JMU, afastando a incidência do Acordo de não persecução penal em relação aos delitos previstos na legislação penal militar, por óbvio, não pode ser considerada violação de formalidade legal e tampouco se configura constrangimento ilegal em relação ao acusado. IV - Ordem de Habeas Corpus denegada. Decisão unânime."

⁵⁵ VITAL, Danilo. Gravidade do tráfico basta para negar Acordo de não persecução penal, diz STJ. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/gravidade-trafico-basta-negar-Acordo-nao-persecucao>. Acesso em: 26 fev. 2020.

⁵⁶ O referido artigo 33, caput, da Lei nº 11.343, possui a seguinte redação: "Artigo 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desAcordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa".

Em suma, o objetivo do Acordo de Não Persecução Penal pode ser definido do seguinte modo:

Desse modo, percebe-se que o instrumento em estudo não cuida de benefício sem consequências para o infrator. Trata-se de Acordo com estipulação de deveres rígidos à parte autora do crime. Se por um lado ela se vê livre de uma pena privativa de liberdade, por outro é obrigada a cumprir uma série de exigências postas pelo ordenamento jurídico como forma de demonstrar sua capacidade de se reintegrar à sociedade⁵⁷.

Desta forma, compreende-se que o Acordo, ainda que não se ocupe em atribuir pena, em qualquer de suas modalidades, ao agente que comete ao ilícito, ainda sim considera-se forma de repreender sua conduta, por meio da necessidade posterior a sua celebração de cumprir com as exigências formuladas pelo Ministério Público e confirmadas pelo Poder Judiciário, por meio do Juiz de Garantias. Considerando-se a pena do delito, em abstrato, demonstra-se ser uma medida razoável para o tipo de conduta praticada, que, em atenção ao critério temporal de mínimo de quatro anos, é de menor gravidade e menos reprovável que outras condutas positivadas, balanceando a desnecessidade de processo judicial e cumprimento de pena com a necessidade de adimplemento de condições para a extinção da punibilidade.

3. DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA

Em se tratando de instituto novo no ordenamento brasileiro, é natural que haja posicionamentos divergentes na doutrina. A presente pesquisa propõe-se a identificar os principais pontos de conflito, bem como exprimir uma concepção em relação a estes, na expectativa de, na medida do possível, tornar mais clara a compreensão do contemporâneo Acordo de Não Persecução Penal. Inexistindo, até o presente momento, orientações judiciais sólidas acerca de tais pontos, destacar-se-ão, especialmente, as correntes doutrinárias, maior fonte quando da elaboração dos apontamentos.

Para fins introdutórios da problemática a seguir tratada, busca-se apresentar uma visão ampla do conflito já que, oficializado com o advento do Pacote Anticrime,

⁵⁷ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 63.

que buscou inovar os modos de combate à corrupção, sob a perspectiva de interdisciplinaridade entre a criminologia, dogmática penal e dogmática processual penal, o Acordo de Não Persecução Penal gerou discussões entre pontos de necessária comunicação, de forma que nenhum destes institutos se sobreponha aos outros, mas sim funcionem conjuntamente. Tal Acordo, no cenário brasileiro, tendo em conta a desigualdade do país e as deficiências de defesa técnica, circunstâncias que impõem a análise do instituto não mais por si só, mas também com relação a dogmáticos como, por exemplo, o limite de pena e os critérios de aplicação, de forma a não mais discutir a aplicabilidade do instituto, mas sim a forma prática desta⁵⁸.

Ressalta-se a problemática entre dois sistemas clássicos, quais sejam o da persecução penal e o da justiça negocial, em decorrência da constatação de diversas e reiteradas falhas práticas e técnicas no atuar dos sujeitos, demonstrando a desfuncionalidade da justiça criminal, especialmente quando lidando com crimes de corrupção conhecidos como “crimes de colarinho branco”. A consensualidade já é uma realidade no ordenamento brasileiro, que cada vez mais se aproxima deste ideal, de modo que não poderia o processo penal não seguir a atualidade, sob pena de tornar-se obsoleto.

O Acordo de Não Persecução Penal é um dos poucos avanços trazido pelo já tão criticado pacote legislativo, especialmente ao buscar inserir no ordenamento do país uma alternativa que permita maior racionalização da justiça criminal. Por meio deste método, almeja a superação de alguns obstáculos para seu regular funcionamento, não obstante já apontados pela dogmática penal e criminologia, sem que tenha o ordenamento se preocupado em buscar uma solução para estes.

O Pacote Anticrime e a expansão da justiça consensual ganham força em um momento em que o debate no Congresso Nacional envolveu questões demasiadamente punitivistas, fazendo nascer a reflexão de que, ainda que este instituto não seja ideal, promove conceitos que melhor se relacionam com o real

⁵⁸ O presente parágrafo, bem como os sete que o seguem, foram escritos com o apoio das posições defendidas por Soraia Mendes e Augusto Souza, durante o episódio 02, denominado Acordo de Não Persecução Penal, do *podcast* Curadoria de Processo Penal. Curadoria de Processo Penal: Episódio 02 Acordo de Não Persecução Penal. [Locução de]: Rafael de Deus Garcia. Brasília: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 26 de maio de 2021. *Podcast*. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/5aApXYhCd6aNVnaLIPDr2?si=4ttMx_29S2e_c7Fpq1wZdg. Acesso em: 28 de maio de 2021.

conceito de justiça, sob o ponto de vista do contexto político-criminal de busca de redução dos danos já existentes (e não aumento de novas modalidades destes). Ainda assim, correntes críticas merecem acolhimento e encoraja-se que sejam feitas, pois resistem muitos problemas a serem superados e, somente por meio do diálogo do amadurecimento doutrinário e jurisprudencial, poderá ser verificada esta evolução. Apesar disso, conforme tem-se demonstrado no curso da pesquisa, o instituto instaurou medidas mais viáveis, sob o ponto de vista de aplicabilidade prática na redução da criminalidade.

Os problemas, na área criminal, somente podem ser superados quando se entende o que os deu causa, pois se tratam de questões interligadas, e uma destas é o fato de que o sistema criminal brasileiro parece não ter sido feito para sancionar, sobretudo quando o réu é do tipo daqueles envolvidos em crimes macroeconômicos, pois estes não são compreendidos pela sociedade como “criminosos”, por conta da estigmatização que assola o ordenamento, permitindo assim que tenham mais blindagem contra o alcance da justiça criminal, ainda que suas condutas sejam mais nocivas à sociedade em geral, neutralizando assim as instâncias formais de controle. É nesse contexto que a justiça negocial ganha destaque, na busca por solução destes problemas, principalmente pelo emprego de novas técnicas, já que as antigas parecem não mais funcionar⁵⁹.

O referido Acordo aplica-se de maneiras diferentes, a depender do caso concreto em que suscitado, já que o Brasil não é um país homogêneo, mas sim com pluralidade de posicionamentos e polarizações. Somente por meio da cooperação e da boa vontade do próprio réu em comprometer-se, amparado por benefícios recíprocos, é que se pode pensar numa reestruturação do Poder Judiciário e na implementação de mecanismos eficazes de controle e prevenção da criminalidade, pois dificilmente, pelo meio coercitivo, haveria interesse em cooperarem defesa e acusação em prol de um objetivo mútuo, a maior eficácia da justiça criminal, garantindo para ambos uma solução adequada, ainda que não totalmente

⁵⁹ Lenio Streck discorre sobre a seletividade do direito penal quando deparado com diferentes tipos de crimes e de réus, alertando sobre a necessidade da instauração de um direito penal no qual a presunção de inocência e tratamento igualitário são os principais fatores, assim como necessária a mudança de mentalidade do *Parquet*, de modo que haja da forma mais justa possível, independentemente das características da parte adversa, ao contrário de privilégio aos crimes de colarinho branco. Posicionamento encontrado no seguinte artigo: STRECK, Lenio Luiz. Precisamos do duty of disclosure do MP: O caso do advogado Vargas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-04/streck-precisamos-duty-of-disclosure-mp-advogado-vargas>. Acesso em: 04 jun. 2021.

satisfatória, haja vista o próprio conceito de Acordo. Isto exige não só uma reforma legislativa, mas também a mudança de mentalidade dos operadores do direito e um rearranjo institucional.

A justiça criminal, é fato, não logrou êxito em acompanhar as sociedades pós-modernas, de modo que o direito buscou abarcar muitas modalidades delitivas decorrentes da expansão social, mas ao assim o fazer, acabou falhando e sendo incapaz de oferecer uma resposta satisfatória para todas, causando desigualdade no tratamento das condutas, ainda que assemelhadas. Somente com a superação do punitivismo, resguardando ao direito penal sua noção de *ultima ratio* é que se pode tentar buscar o início da superação de diversos destes problemas, e é neste momento em que a justiça consensual, com seus conceitos de dinamicidade e flexibilidade é mais bem aplicada, pois o modelo anterior já não mais consegue alcançar diversos dos delitos.

O Acordo de Não Persecução busca, ainda que por muitas vezes comporte-se de maneira diretamente contrária, desafogar o Poder Judiciário e destravar o acervo de processos, vez que a aplicação da justiça consensual, se comparada estatisticamente à justiça criminal, ainda é mínima. Isto não quer dizer, porém, que o Acordo rompe com princípios como o da Indisponibilidade da Ação Penal, já que a ação do Ministério Público sempre precisa ser amparada pela demonstração concreta de justa causa, ou seja, elementos informativos mínimos que, ao invés de subsidiar uma ação penal, conforme a lei e a conveniência das partes, adianta o resultado do processo, sem que se aplique qualquer pena privativa de liberdade, pois estas impõem a existência do devido processo legal, amparado por contraditório e ampla defesa⁶⁰.

Vale referir, *a priori*, que, em atenção às similaridades entre o Acordo de Não Persecução Penal e a Suspensão Condicional do Processo, poderia o primeiro seguir as regras do segundo em muitos dos casos, porquanto idealizados ambos para hipóteses de delitos menos graves, formas que prestigiam a justiça negocial e meios de mitigar a celeuma processual. Ainda assim, alguns aspectos devem ser

⁶⁰ Último parágrafo escrito com o apoio das posições defendidas por Soraia Mendes e Augusto Souza, durante o episódio 02, denominado Acordo de Não Persecução Penal, do *podcast* Curadoria de Processo Penal. Curadoria de Processo Penal: Episódio 02 Acordo de Não Persecução Penal. [Locução de]: Rafael de Deus Garcia. Brasília: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 26 de maio de 2021. *Podcast*. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/5aApXYhCd6aNVnaLIPDr2?si=4ttMx_29S2e_c7Fpq1wZdg. Acesso em: 28 de maio de 2021.

observados por fora do enfoque paradigma, ao exemplo do que acontece com elementos estruturais como a discussão acerca da configuração de direito subjetivo.

Na Suspensão Condicional, há também uma forma de beneficiar o agente que reúna dois ou mais elementos que demonstrem menor reprovabilidade em seus atos, seja por força de particularidades da conduta praticada, exemplo das penas leves que demonstram menor grau de gravidade do delito praticado, seja por força de elementos pessoais, ao exemplo da não habitualidade criminosa e da conduta social proba. Os requisitos para a sua aplicação são os mesmos previstos no artigo 77, caput, incisos e parágrafos do Código Penal⁶¹, os quais disciplinam a Suspensão Condicional da Pena, e não há polêmica acerca do momento de seu oferecimento, assim como há no Acordo de Não Persecução Penal, conforme se expõe no subcapítulo infra, já que deve ser celebrado quando já oferecida denúncia.

Considerando tratem-se o Acordo de Não Persecução Penal e a Suspensão Condicional do processo de institutos que visam a evitar a formação de um processo judicial criminal típico idealizados em contextos similares, guardam entre si alguns pontos de conexão em que se equiparam certas características, ao exemplo do fato de que não se preocupam em aplicar qualquer pena enquanto modalidade de sanção, de mesmo modo em que não podem quaisquer destes ser invocado novamente durante o prazo de cinco anos, dentre outros. Em atenção as semelhanças mencionadas, leva-se o interlocutor a crer, em primeiro momento, que o processamento de crimes análogos, sob o contexto da aproximação entre conceitos oriundos a Suspensão Condicional do Processo e ao Acordo de Não Persecução Penal e, dar-se-ia de maneira semelhante entre eles, englobando o primeiro instituto aqueles crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano⁶², e o segundo instituto aqueles crimes cuja pena mínima seja inferior a quatro anos.

⁶¹ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão”.

⁶² Conforme artigo 89, caput, da Lei nº 9.099/1995. O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 89 - Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha

No Acordo de Não Persecução Penal, entende-se não há direito subjetivo de celebração a ser alcançado ao réu, tratamento similar ao da Suspensão Condicional do Processo⁶³. Desta forma, não se tratam de institutos de propositura vinculativa e exigível perante o Poder Judiciário, constituindo hipótese de poder-dever do Ministério Público analisado no decorrer deste trabalho⁶⁴.

Ainda seguindo na temática pertinente à segurança jurídica que tanto se privilegia atualmente, outra das diferenças mais significativas destacáveis é a possibilidade de revogação do Sursis Processual de modo facilitado e que impõe prejuízo ao investigado. Durante o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.838.907/MT⁶⁵, o Superior Tribunal de Justiça definiu que, mesmo depois de celebrada pelas partes e homologada pelo Juízo, a Suspensão Condicional do Processo poderá ser revogada, de direito, nos casos em que surgirem novos elementos referentes à dilação probatória não antes descobertos, podendo assim causar a continuidade do processo ora suspenso, ainda que em desrespeito ao prazo legal que acarretaria em sua confirmação.

sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”.

⁶³ Jurisprudência comentada por Norberto Avena na seguinte obra: AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Método, 2020. p. 943-950.

⁶⁴ Ver capítulo 2.2 do presente trabalho.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus* nº 1.838.907 (2019/0280257-3). Agravante: Fernando Cooper Marques. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível *online* em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104218778&num_registro=201902802573&data=20191219&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 07/05/2021. “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONDIÇÕES ESTABELECIDAS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO CUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA. PRECEDENTES. 1. Consoante entendimento sedimentado no âmbito do Recurso Especial Repetitivo n. 1.498.034/RS, “se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência” (REsp 1498034/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 02/12/2015). 2. Na espécie, o Tribunal de origem manteve a decisão que declarou extinta a punibilidade pelo transcurso do período de prova, apesar de reconhecer que não houve a devida comprovação do cumprimento da prestação pecuniária, o que não se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior. 3. Agravo regimental desprovido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus* nº 1.838.907 (2019/0280257-3). Agravante: Fernando Cooper Marques. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível *online* em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104218778&num_registro=201902802573&data=20191219&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 07/05/2021.

De forma a possibilitar a maior compreensão do imbróglio, explana-se melhor as características do caso e os fundamentos dos votos constantes do acórdão que assim decidiu. Cuida-se de caso em que o agravante insurgiu-se contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso que extinguiu a Suspensão Condicional do Processo ora lhe concedida, decorrente do cometimento, em tese, do crime de embriaguez ao volante, passados dois anos sem a arguição de quaisquer causas de revogação ou extinção da medida, sendo confirmada e extinta a punibilidade pelo Juízo de Primeiro Grau. No entanto, o Ministério Público do Estado do Mato Grosso interpôs Recurso Especial para permitir o prosseguimento do fluxo processual ora suspenso, não tendo o réu cumprido com a totalidade dos termos acordados, somente adimplido com os requisitos legais de forma parcial.

O não cumprimento do compromisso prestado perante o Juízo de comparecer nas dependências deste, mensalmente, de modo a prestar contas de sua ocupação fora o fator que embasou o Órgão ministerial a pugnar pela extinção do Acordo, sendo acolhido pelo Tribunal Superior, nestes termos. Pacificado o entendimento nas Cortes Superiores de que a extinção da punibilidade, nestes casos, não decorre do decurso do prazo probatório, mas sim da obediência total e absoluta aos termos acordados pelas partes que, como se sabe, se equiparam a um contrato, haja vista a convergência de interesses, e, portanto, instauram força de lei entre os acordantes.

Não obstante a força legal de que gozam os termos mutuamente aceitos e concordados, havendo similaridade ao procedimento contratual civil, poderia ter o *Parquet* não defendido a revogação da *Sursis* Processual, ou ainda o Colegiado assim não a decretado, com base no Princípio do Adimplemento Substancial⁶⁶, vez que deixou de ser cumprido somente uma de várias condições de validade estipuladas, o qual sequer era dos mais relevantes para o cumprimento dos

⁶⁶ Segundo Paulo Nader, o Princípio do Adimplemento Substancial pode ser entendido como uma forma de interpretação abrangente de execução contratual, isto é, cuida-se de fenômeno que dá causa ao adimplemento do vínculo, do curso e das obrigações previstas por um contrato ora firmado, mesmo que maculado pelo descumprimento de uma cláusula prevista no documento contratual, que nestes casos dar-se-á na forma de uma violação positiva, ou seja, a parte responsável pelo cumprimento da obrigação não executa, em totalidade, as tarefas que a ela eram incumbidas, mas somente as deixa de fazer em parcela ínfima, que não causa prejuízo ao objeto do contrato nem o deturpa. Se tratando de violação pouco significativa para a confirmação do pacto, não tendo o réu o deixado de fazer de modo arbitrário e imotivado, não subsiste razão a parte adversa em extinguir o contrato com efeitos negativos por meio da resolução baseada em descumprimento de cláusula, inclusive podendo configurar, no âmbito da vertente consumerista do Direito Civil, prática abusiva e injusta em relação ao réu. NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: volume 3. contratos. 9. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 161-165.

objetivos em que idealizada a suspensão, sendo desnecessária a realização de toda a instrução processual para condenar réu em crime de menor gravidade e pelo qual já havia, de alguma maneira, sido sancionado, pois já havia cumprido com diversas das condições impostas para sua suspensão, durante o prazo necessário para ser decretada a extinção de sua punibilidade.

De mesma forma, cabem ao Ministério Público a investigação e comprovação de elementos e indícios mínimos de autoria e materialidade, recaindo sobre o Órgão a maior parcela do ônus probatório, já que se trata do responsável por comprovar a responsabilidade penal do agente. Se assim o deixou de fazer em tempo hábil, por consequência da atuação que lhe é típica, não poderia, anos após a celebração, decorrido o prazo legal para sua reclamação e já extinta a punibilidade, invocar descumprimento de cláusulas que, por certo, não supervisionou na época, de forma a impor quase uma segunda sanção ao réu já sujeito às suas estipulações, em total desconformidade com os ideais garantistas do atual ordenamento jurídico-criminal brasileiro.

O caso em questão presta-se a demonstrar a prevalência de mentalidade quase vingativa que ainda de difícil modificação, especialmente na seara das entidades de controle, como é o caso do Ministério Público, em relação ao cumprimento das normas legais. Isto acaba por, infelizmente, refletir no Poder Judiciário, também já afetado pelos valores extremos e punitivistas da sociedade contemporânea, a qual, já farta da criminalidade e da ineficácia do processo criminal, acredita poder atropelar direitos alheios, não percebendo a hipocrisia da própria conduta⁶⁷.

Já o Acordo de Não Persecução Penal parece proporcionar um pouco mais de segurança jurídica ao réu, tanto por demandar o acompanhamento dos termos e

⁶⁷ Luigi Ferrajoli em recente entrevista a revista Consultor Jurídico expôs considerações acerca da problemática punitivista que dão fulcro ao posicionamento defendido neste parágrafo. Ao discorrer sobre a imparcialidade do julgador, atualmente mais aplicada sob o ponto de vista teórico do que prático, o Professor mencionou preocupações com a influência que mídia e populares exercem sobre as decisões judiciais atualmente, elencando este “populismo” como influência de idéias políticas que deveriam estar separados do devido processo legal. Outra crítica destacável vai ao encontro da alegada visão vingativa do *Parquet*, porquanto apontou como indício de regressão civil e popular a percepção que tem alguns de seus membros de que há, no Brasil, “hipergarantismo”, ou seja, demasiada proteção de um réu com o qual não se preocupam mais com seus direitos, mas tão somente com a retribuição, da forma mais severa possível, de seus atos, em tese, criminosos. FERRAJOLI, Luigi. **“Populismo judicial é a mais perversa forma de populismo”, diz Ferrajoli**. Consultor Jurídico, São Paulo, 24 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal>. Acesso em: 29 maio 2021.

condições, de maneira mais efetiva, pelo Ministério Público, tanto por ser avaliado e confirmado por mais de um Juiz Singular, garantindo assim que diversas autoridades confirmem sua regularidade ou, ao contrário, suscitem seus impedimentos de forma antecipada. Perceptível certa evolução, ainda que restem muitas pendências e lacunas em suas disposições, entre esta nova modalidade de justiça consensual e as previamente estabelecidas, só podendo ser afirmadas, com absoluta certeza, depois de emitido parecer orientando os operadores do direito a sua correta interpretação e aplicação.

Portanto, ainda que um instituto evite a propositura do outro, conclui-se que, tanto do paradigma do réu quanto sob o ponto de vista procedimental, prevalece o Acordo de Não Persecução Penal, que importa em maiores garantias e benefícios. Pode o agente não beneficiado pela suspensão do processo requerer a celebração do referido Acordo, mas, como se expõe infra, não se tratando de imposição ao *Parquet*, não há garantia que seja beneficiado por este instituto.

3.1 DA NATUREZA MISTA DA NORMA: MESCLA DE ELEMENTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS PENAIS

Segundo Aury Lopes Junior, as normas dividem-se em leis penais puras, leis processuais penais puras e leis mistas, cada uma verificável em diferentes disposições do ordenamento criminal. Em relação à primeira, as leis com elementos materiais são aquelas que limitam o *jus puniendi* estatal, discorrendo sobre os direitos, em espécie, a exemplo de tipicidade formal e critério temporal das penas, valendo-se de retroatividade benéfica. As leis com elementos processuais, ao contrário, são aquelas que disciplinam institutos e fases processuais, discorrendo sobre questões técnicas como perícia e formas de realização de ritos, por regra valendo-se do Princípio da Imediatidade, no qual a norma não retroage, sendo aplicável somente em momento posterior ao *vacatio legis*⁶⁸.

Normas de caráter misto são consideradas aquelas que, em seu texto, reúnem elementos típicos de matérias atinentes ao direito material, a exemplo, no âmbito do direito penal, daquelas que garantem direitos subjetivos ao réu, como faz

⁶⁸ A conceituação da natureza das normas penais, bem como os exemplos indicados, são provenientes da obra de Aury Lopes Junior. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 125 e 126.

o artigo 38 do Código Penal⁶⁹, concomitantemente guardando relação com matérias típicas de direito processual, a exemplo de criação de procedimentos, como faz o artigo 201 do Código de Processo Penal⁷⁰. Constatada a mescla entre ambos os institutos, resultam em uma nova espécie de caracterização, qual seja a natureza híbrida denominada norma penal mista, a qual goza de particularidades advindas da fusão entre aquelas, em especial quanto a sua aplicação no tempo.

O Acordo de Não Persecução Penal constitui exemplo de norma penal mista porquanto prevê o direito do réu que reúne as exigências legais e não se enquadra em quaisquer dos impedimentos em ser beneficiado pelo acordo, ao mesmo tempo em que define o modo em que o promotor responsável pela ação penal o oferecerá, o procedimento para que seja constatada sua validade e o Juízo competente para a dissolução de eventuais imbróglios e confirmação de legalidade. Ainda que verificável sua natureza híbrida, nada menciona a lei a respeito de sua retroatividade, instaurando dúvidas quando de sua aplicação ao caso concreto, o que, não obstante podendo haver argumentos em contrário, a constatação que parece a mais adequada neste momento inicial da pesquisa e que parece estar em conformidade com comandos legais estabelecidos previamente, dar-se-ia no sentido de sua possibilidade.

Para Fernando Capez, a norma não pode retroagir somente em partes, devendo todo o seu conteúdo portar-se de mesma forma, de modo a evitar quaisquer confusões em sua aplicação e, posteriormente, importando em prejuízo ao réu. Respeitada a sistemática de proteção conferida aos direitos humanos e fundamentais, bem como ao devido processo legal, a norma irá sempre retroagir quando assim o dever fazer para beneficiar o réu, em contrariedade à regra geral que determina que os efeitos da lei sejam *ex nunc*, isto é, somente imponíveis após a publicação desta, jamais sendo permitida a manipulação de seus efeitos em

⁶⁹ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

⁷⁰ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”

qualquer caso que cause malefício ao agente⁷¹, fulcro artigo 5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil⁷².

Sendo assim, a norma mista deve reproduzir a possibilidade de retroação de efeitos assim como nas normas tipicamente penais, vez que, por se tratarem de orientações quanto a direitos subjetivos e controle da pretensão punitiva do Estado, conforme exposto pelo Enunciado nº 01 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho de Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça⁷³, via de consequência não prevêem nenhuma piora nas condições do agente, ao contrário, importam-lhe em benefício. Se tratando o Acordo de Não Persecução Penal de norma mista, é imperativo que esta retroaja, tendo o condão de melhorar a situação do agente, em tese, responsável pelo delito, pelo fato de que torna prescindível o procedimento judicial em sua totalidade, ressalvadas as audiências atinentes aos termos e cumprimento do próprio Acordo, bem como dispensa a persecução do Ministério Público, ambas morosas e desgastantes para ambas as partes.

O Ministério Público, por meio de diferentes frentes de representação, emitiu orientações favoráveis a aplicação retroativa do ANPP, como por meio de seu Enunciado nº 98⁷⁴, permitindo seu oferecimento aos casos já em curso no momento de promulgação do Pacote Anticrime, Lei nº. 13964/2019, com base em precedentes⁷⁵ analisados pela Segunda Câmara de Coordenação e Revisão do

⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

⁷² O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

⁷³ O referido enunciado possui a seguinte redação: “A norma puramente processual tem eficácia a partir da data de sua vigência, conservando-se os efeitos dos atos já praticados. Entende-se por norma puramente processual aquela que regulamente procedimento sem interferir na pretensão punitiva do Estado. A norma procedimental que modifica a pretensão punitiva do Estado deve ser considerada norma de direito material, que pode retroagir se for mais benéfica ao acusado.”

⁷⁴ O referido enunciado possui a seguinte redação: “É cabível o oferecimento de Acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o Acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão”.

⁷⁵ Formado pelos seguintes processos: 2015.51.01.509192-3, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, Processo: 1.29.000.001782/2020-82, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, Processo: 5011021-84.2020.4.04.7000, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, Processo:

Ministério Público Federal. Tais iniciativas demonstram o compromisso do Órgão com sua atribuição constitucional de instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Escolhendo-se dar razão a possibilidade de retroação, surge novo dilema ao necessitar delimitar-se até qual momento poderia o Acordo ser proposto para o agente, tema que divide, por muito, a doutrina especializada na matéria e, até mesmo, a incipiente jurisprudência formando-se diversas correntes que defendem sua propositura em tantos momentos quanto cabíveis. As correntes majoritárias defendem, entretanto, em suma dois momentos mais relevantes, quais sejam o oferecimento da denúncia e o trânsito em julgado.

Em primeiro exame, considerando-se que o Acordo foi idealizado de forma a evitar o oferecimento da denúncia e o decorrer da ação penal, somente poderia ser celebrado em momento pré-processual, extinguindo-se sua possibilidade com o manejo da peça inicial acusatória, visto que, com o rompimento da inércia do Poder Judiciário, haveria a perda de seu objetivo de tornar o procedimento mais célere⁷⁶. Há, entretanto, posicionamento na doutrina e em precedentes até o momento editados em reconhecer possível a propositura do Acordo em qualquer momento que entender o promotor cabível, desde que respeitada a coisa julgada, em se tratando de caso de trânsito em julgado⁷⁷.

Ainda que não evite a instauração de ação penal, a celebração do Acordo em momento processual ainda assim importaria em garantir maior celeridade ao procedimento, já que tornaria desnecessária a espera de todo o trânsito do feito até

5007299-39.2020.4.04.7001, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, Processo: 5069978-06.2019.4.04.7100, Sessão de Revisão nº 769, de 11/05/2020.

⁷⁶ Neste sentido, cita-se entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.664.039, registrado sobre a seguinte ementa: "Penal e processo penal. Agravo regimental na petição. 1. Acordo de não persecução penal. Pedido de aplicação retroativa. Não cabimento. Instituto pré-processual. Direcionado ao investigado. 2. Isolamento dos atos processuais. Retroatividade limitada. Processos sem denúncia recebida. 3. Instituto que visa obstar a persecução penal. Persecução já ocorrida. Condenação confirmada. Aplicação descabida. 4. Projeto de lei que previa instituto para a fase processual. Não aprovação pelo congresso nacional. Especificidade de cada instituto a depender do momento processual. Interpretação teleológica e sistemática. Coerência e alcance da norma. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.664.039-PR (0020575-92.2016.8.16.0019). Agravante: Adjair Fernando Buturi e outros. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 20 de outubro de 2020." Disponível *online* em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116573283&num_registro=202000358426&data=20201026&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 23/11/2020.

⁷⁷ Posição defendida no seguinte artigo: MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Consultor Jurídico, São Paulo, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-Acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 28 set. 2020.

que este importe em decisão irrecorrível, verdadeiro objetivo da justiça penal negocial. Tal corrente demonstra-se mais razoável em atenção ao fato de que, além de cumprir com seu objetivo de celeridade, confere benefício ao réu e mitiga os ônus financeiros depreendidos pelo Poder Judiciário para o julgamento do caso, ressaltando-se ainda ser necessária a atuação do Juízo das Garantias⁷⁸, de modo a atestar a legalidade de seus termos e decretar a extinção da punibilidade, cumprido o pactuado entre acusação e defesa.

Recente o *Habeas Corpus*⁷⁹ prestou-se a, na seara de julgamento do Supremo Tribunal Federal, provocar o Poder Judiciário a respeito da retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal, se tratando de caso em que se discutiu a prática do delito de tráfico de drogas, cuja pena concreta se deu em período inferior a dois anos, sendo substituída, de privativa de liberdade, para restritiva de direitos. O Ministro Relator alertou acerca da divergência entre as Turmas da Corte, entendendo a questão como “afeita à interpretação constitucional, com expressivo

⁷⁸ Reitera-se, conforme observado na nota 37, que a figura do Juiz de Garantias encontra-se suspensa, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal proferida quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 185.913 (0092967-77.2020.1.00.0000). Paciente: Max Willians de Albuquerque Vilar. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22 de julho de 2020. Disponível *online* em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>. Acesso em: 30/09/2020. Trata-se de caso em que o paciente fora condenado à pena de um ano, onze meses e dez dias em regime de reclusão, em virtude do delito de tráfico de entorpecentes, e buscava a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, de forma retroativa. Fora reconhecida a divergência entre as turmas do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de retroação do instituto, ainda não havendo decisão concreta em nenhum sentido, mas destacando-se os seguintes argumentos “da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de Acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmada por Tribunal de segundo grau”. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)” “o cumprimento integral do Acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)”. (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)” “Conclui-se, portanto, que a retroatividade e potencial cabimento do Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados. Nesse sentido, para que se assente um precedente representativo sobre o tema, com eventual fixação de tese a ser replicada em outros casos e juízos, deve-se remeter o habeas corpus para julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal”. Até a última edição desta pesquisa, em 23 de junho de 2021, não foram proferidas quaisquer decisões ou realizados atos relevantes para o assunto tratado, mas tão somente atos de intimação das partes.

interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados.”, demonstrando a relevância do tema atualmente.

No referido julgamento, foi decretada a afetação do feito ao Plenário, remetendo os autos ao colegiado, que julgará o caso de maneira presencial⁸⁰, em virtude das posições em diversos sentidos sobre a retroatividade, bem como em atenção ao significativo impacto que tal decisão terá em casos análogos, demandando assim a unificação da Corte para fins de jurisprudência. Ainda recente, decretada a remessa em vinte e dois de setembro de dois mil e vinte, nenhuma decisão definitiva foi proferida nos autos, mas certo que, assim que ocorrer, servirá como forma de dirimir boa parte das controvérsias, bem como orientar a atuação do Ministério Público, devendo assim seguir a regra exposta supra, no sentido de garantir a retroatividade da norma mais benéfica ao réu no referido caso concreto, bem como em outros, futuros ou atuais⁸¹.

Espera-se, por força da razoabilidade prática do instituto, que o *Pretório Excelso* manifeste-se no sentido de permitir o oferecimento, via de consequência a celebração, do Acordo de Não Persecução Penal somente naqueles casos em que ainda não aceita, pelo Juízo competente, a denúncia, semelhante ao que ocorre nos casos de Suspensão Condicional do Processo. Permitida a celebração para casos já em curso importaria em segregar o objetivo de celeridade que dá causa de ser ao instituto, já que, por trazer novos termos, burocracias e metodologias divergentes ao procedimento processual, demandaria mais tempo hábil para a análise de suas condições de validade, para além de envolver outros Juízos que, em primeiro momento, de interferência dispensável, aumentando também o tempo de julgamento destes.

Conclui-se que possibilitar o manejo do Acordo durante o trânsito da ação penal, quando já oferecida e aceita a denúncia, não se mostra a medida mais razoável para cumprir com os requisitos em que este fora idealizado, assim como

⁸⁰ VALENTE, Fernanda. **STF vai analisar no Plenário físico retroatividade da não persecução**. Consultor Jurídico, São Paulo, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-20/julgamento-aplicacao-retroativa-Acordo-nao-persecucao-presencial>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁸¹ A possibilidade de retroatividade da norma é defendida pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região, conforme indica o artigo FRISCHEISEN, Luiza Cristina; BARBOZA, Márcia Noll. **A aplicação retroativa do ANPP: uma experiência positiva no TRF-1**. Consultor Jurídico, São Paulo, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/opiniao-aplicacao-retroativa-anpp>. Acesso em: 23 nov. 2020.

que acarretaria em prejuízos para além do Juiz Natural, como também para outros julgadores singulares, preponderantemente. Assim sendo, aceitando-se o argumento de que não há direito subjetivo do réu em celebrar o Acordo de Não Persecução Penal, deve preponderar o interesse público da celeridade processual e da eficiência dos poderes sobre o interesse individual, ressaltando sua aplicabilidade aqueles casos em que ainda não instaurado o processo criminal.

3.2 DA DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Possivelmente o tópico de maior divergência quando se trata do Acordo de Não Persecução Penal é apurar se o instituto configura uma faculdade do Ministério Público, portanto não vinculativo ao promotor encarregado do feito, ou como um direito subjetivo do réu, vinculando assim o titular da ação. O instituto pode ser definido, em virtude de suas peculiaridades, como discricionariedade acusação, isto porque aparenta se tratar de incentivo ao Ministério Público, já que seu objetivo é evitar o oferecimento da denúncia, privilegiando a resolução mais ágil e eficiente dos casos criminais de sua titularidade em caso de ação penal pública onde tal instituto é cabível.

Seu oferecimento, em tese, não pode ser imposto ao Ministério Público por parte do Poder Judiciário, nem oferecido de ofício pelo Juízo da causa, vedação também imposta, vale lembrar, a outras medidas típicas de justiça negocial aplicáveis ao direito penal e processual penal como a transação penal, equiparando-se o referido Acordo a esta, bastando que a recusa seja motivada por parte do promotor responsável⁸². Caso reste a defesa inconformada, ou ainda por ato do Juiz

⁸² A motivação da recusa é imprescindível para viabilizar o controle da decisão, por parte do Poder Judiciário. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1053190/SP, cuja ementa colaciona: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. NÃO OFERECIMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Ministério Público, ao não ofertar a suspensão condicional do processo, deve fundamentar adequadamente a sua recusa. A recusa concretamente motivada não acarreta, por si, ilegalidade sob o aspecto formal (ut, RHC 61.132/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/11/2015). 2. In casu, o Ministério Público deixou de oferecer a proposta de suspensão condicional do processo diante da gravidade da conduta, que evidenciava o envolvimento do agravante com os autores da conduta antecedente. 3. Incidência da Súmula 568/STJ: O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1053190/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 25/08/2017)”

quando da audiência reservada para a oitiva acerca do Acordo, há a possibilidade de recurso perante o Órgão Superior do Ministério Público, o qual conhecerá das razões que importaram na recusa no oferecimento e proferirá sua decisão acerca da necessidade ou não de propositura⁸³.

Cabe ao Procurador-Geral, em última instância, a decisão final em caso de nova controvérsia, esta em relação ao entendimento do colegiado que, ainda que positivo, substitui o do promotor de primeiro grau, incumbindo a este ratificar ou, ao contrário, retificar o posicionamento anterior. Neste momento, torna-se clara a disponibilidade conferida à ação penal pública, já que, se a autoridade optar por ofertar o Acordo, o procedimento de persecução penal, perfectibilizado com o oferecimento da denúncia, torna-se dispensável, o que antes, por força de lei, não o era.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n° 194.677/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11 de maio de 2021, ao analisar recurso de paciente que se insurgiu contra a negativa de celebração do Acordo de Não Persecução Penal decidiu que, o Magistrado responsável pelo julgamento do caso concreto, havendo a possibilidade de celebração do Acordo e inexistentes quaisquer de seus impedimentos, não pode obstaculizar o reexame da decisão do promotor que negou, anteriormente, sua propositura. Ainda que tenha sido concedida em parte a segurança pleiteada pela paciente, os autos foram remetidos para a Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, incumbindo ao Órgão que revise a atitude do Procurador da República responsável pela negativa, demonstrando que, ainda que não se trate de direito

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n° 1053190/SP (2017/0027125-3). Agravante: Eliberto Ferreira Franca. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 15 de agosto de 2017. Disponível https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75237172&num_registro=201700271253&data=20170825&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 17/06/2021.

⁸³ Por força da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 6300, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a aplicação do artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal, o qual modificou a regra do arquivamento de Inquérito Policial, reaplicando a redação anterior do referido artigo, a qual dispõe “Artigo 28. Se o Órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro Órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

subjetivo do réu, este ainda encontra-se protegido por, no mínimo, preceitos e princípios processuais já antes conquistados⁸⁴.

Neste mesmo norte foi proferido posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 191.124, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 07 de abril de 2021, já decidiu, ainda que de forma preliminar, não subsistir qualquer direito subjetivo ou expectativa de direito do investigado a celebração do Acordo de Não Persecução Penal, porquanto “não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o Acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição”. Da leitura do inteiro teor do referido acórdão depreende-se que se alinha cada vez mais o entendimento da Corte em compreender o instituto como proponível somente até o oferecimento da denúncia por seu titular, o que o parece fazer de maneira acertada, conforme considerações do tópico supra⁸⁵.

Parte da doutrina, ao contrário, entende o Acordo de Não Persecução Penal como hipótese de direito subjetivo do réu, configurando benefício seu, ou ainda modalidade *sui generis*⁸⁶ que mescla faculdade da acusação e direito do réu, reunindo elementos típicos de ambos. As referidas teses, entretanto, mostram-se

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 194.677/SP (0109515-80.2020.1.00.0000). Paciente: Beatriz Coromoto Gomez Gonzales. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de maio de 2021. Disponível *online* em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6060104>. Acesso em: 25/05/2021.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 191.124. Agravante: Leri Souza e Silva. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 08 de abril de 2021. Disponível *online* em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755564653>. Acesso em: 02/05/2020). Caso em que o paciente fora condenado a pena de 11 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 1.581 dias-multa em decorrência da suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, insurgindo-se contra a decisão que assim o condenou por ter esta sido contaminada por vícios de nulidade e ilegalidade. Julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia a apelação, a esta foi concedido parcial provimento, mas não reconhecida ilegalidade por ausência de comprovação de prejuízo ao réu. Os Embargos de Declaração, Embargos Infringentes e Embargos de Nulidade em seguida opostos não foram providos, pois constatadas suas naturezas meramente protelatórias, e em mesmo sentido deram-se as decisões proferidas em sede de Recurso Especial, de Embargos em Recurso Especial e de Agravo Interno. No Recurso Extraordinário ainda em trânsito, a defesa alega, em suma, que o Enunciado nº 98 da 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal permite o manejo do ANPP em casos em que já oferecida a denúncia, bem como que não há certeza acerca de sua natureza jurídica, devendo assim ser possível sua propositura a qualquer tempo.

⁸⁶ Modalidade sugerida no seguinte artigo: MARTINS, Jorge Henrique Schaefer; MARTINS, Jorge Henrique Goulart Schaefer. **Acordo de Não Persecução Penal: Direito Subjetivo do Inculpado (?)**. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/606249792E726A_ACORDODENAOPERSECUCAOPENAL.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

menos razoáveis do que a visão de Higyna Josita⁸⁷, que entende se tratar o Acordo de Não Persecução Penal, ao contrário de garantia do acusado, em poder-dever do Ministério Público, hipótese no qual tal ato incumbe ao promotor que representar ao Órgão, no desempenho de suas funções regidas por lei e por regulamentos específicos, mas que não se caracteriza imprescindível para sua atuação funcional proba.

Entendimento este que confirmado pelas tendências e correntes majoritárias entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme a ementa acostada supra. Reforça-se, portanto, a razoabilidade e a dominância da tese.

Um poder-dever, nas palavras de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer⁸⁸, é a obrigação prevista por lei que poderá ser relativizada em virtude do critério da oportunidade, somente adimplida quando assim for razoável exigir-se. Deverá o Ministério Público defender sua tese em qualquer viés, levando em conta o fato de que, ao contrário da ação penal, o Acordo de Não Persecução Penal aparenta ser disponível, latente, assim, a necessidade de mitigação do Princípio da Indisponibilidade da denúncia, ainda que balizada por parâmetros positivados como forma de evitar excessos.

Tal hipótese é corroborada pelo próprio comando legal, especificamente a redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao determinar que o Ministério Público pode, o que, neste contexto, ao contrário à ideia de “deve”, oferecer o Acordo de Não Persecução Penal caso presentes os requisitos exigidos, a depender de se configurar tal Acordo como medida necessária e suficiente para tanto prevenir como sancionar o delito. O uso do verbo que remete à “possibilidade” (e não à “obrigação”) deve ser observado sob enfoque predominantemente positivista, visto que o legislador se ocupa em utilizar estes exatos termos, demonstrando assim sua intenção em não constituir o oferecimento do Acordo como uma obrigação, não sendo permitido o uso de analogias ou suposições em desfavor do réu no direito penal.

Uma das poucas exceções à alegada ausência de uniformidade seguida neste projeto, em relação aos elementos do Acordo de Não Persecução Penal é o

⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do Acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 17 jul. 2020

⁸⁸ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 63-64

posicionamento, o qual reconhece a configuração de um poder-dever ministerial anteriormente suscitado, firmado quando da ocorrência da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, a qual, ao aprovar o Enunciado nº. 32⁸⁹, definiu o Acordo como poder-dever do Ministério Público caso adimplidos os requisitos impostos pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal. A previsão de tal discricionariedade desborda da força vinculativa exigida por um direito positivado, em virtude da disponibilidade de que goza cada promotor a cada caso concreto em que atue, amparado pelo Princípio da Conveniência sob a égide do qual não é coagido a oferecer qualquer medida em decorrência de critérios subjetivos, como aqui ocorre com a necessidade e suficiência do instituto enquanto medida punitiva do ato praticado⁹⁰.

Tema pertinente aos mencionados prejuízos que o Acordo causa ao réu é o problema que envolve a confissão circunstanciada exigida para a celebração do Acordo, e esta é melhor entendida, não obstante as diversas ações nos Tribunais Superiores a questionado, sob a ótica deste sistema que para uns é deveras rigoroso, ao passo que para outros é idealizado, propositalmente, para não funcionar. Flagrante é a desigualdade técnica entre o Ministério Público muito bem equipado por recursos múltiplos, e réus que, na esmagadora maioria das vezes, sequer tem uma defesa técnica de qualidade, não tendo nem mesmo acesso a informações do que pode ou não ser acordado, por exemplo, ferindo a paridade de armas, ainda que em momento anterior ao da persecução e judicial⁹¹.

⁸⁹ O referido enunciado possui a seguinte redação: “A proposta de Acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no §14 deste artigo.”

⁹⁰ A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, nos autos do *Habeas Corpus* nº 612.449, que a gravidade do delito de tráfico de entorpecentes na sociedade atual é motivo suficiente para afastar a incidência do Acordo de Não Persecução Penal, em razão da habitualidade da conduta e do elevado grau de reprovabilidade, demonstrando assim a subjetividade referida. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 612.449 (0235915-74.2020.3.00.0000). Paciente: João Matheus dos Anjos Silva. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 22 de setembro de 2020. Disponível *online* em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1985672&num_registro=202002359158&data=20200928&formato=PDF. Acesso em: 30/09/2020.

⁹¹ O presente parágrafo, bem como o que o segue, foi escritos com o apoio das posições defendidas por Soraia Mendes e Augusto Souza, durante o episódio 02, denominado Acordo de Não Persecução Penal, do *podcast* Curadoria de Processo Penal. . Curadoria de Processo Penal: Episódio 02 Acordo de Não Persecução Penal. [Locução de]: Rafael de Deus Garcia. Brasília: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 26 de maio de 2021. *Podcast*. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/5aApXYhCd6aNVnaLIPDr2?si=4ttMx_29S2e_c7Fpq1wZdg. Acesso em: 28 de maio de 2021.

A confissão circunstanciada deveria servir, na prática, para que não restassem ao *Parquet* e ao Juízo dúvidas acerca da autoria do fato. Na realidade prática, a formalidade exigida não importa em benefícios ao réu, ainda que tente trazer autonomia para as partes ao acelerar o processo de assunção e constatação de culpa, de modo que dispensável o demorado processo judicial para tal, bastando, idealmente, a confissão⁹².

Percebe-se então o quão perigoso se torna um instituto penal que paira incerto no ordenamento, permitindo que as partes moldem dispositivos legais que outrora tem caráter rígido e imperativo, a depender da estratégia jurídica que pretendam empregar em cada caso concreto, causando verdadeiro estado de caos processual por conceder demasiada arbitrariedade ao julgador, seja ele individual ou colegiado, que antes era o responsável por dizer a lei aplicável, mas desta forma não pode portar-se, já que sequer há uniformidade e oficialidade tanto no próprio texto legal, como em outras decisões paradigmas. Deve o Supremo Tribunal Federal agir de forma ainda mais célere para definir seu próprio posicionamento sobre questões do instituto negocial, de modo que instâncias superiores assim sigam esta linha de raciocínio, idealmente em forma de Súmula Vinculante por se tratar de assunto especialmente relevante para o novo direito penal e processual penal, qual seja o que busca celeridade por meio de negociações entre as partes.

Na linha dos recentes entendimentos jurisprudenciais, em especial dos da Corte hierarquicamente superior, pode-se afirmar que o Acordo de Não Persecução Penal constitui hipótese de poder-dever do Ministério Público, ficando a cargo de seu representante assim o fazer de Acordo com suas próprias razões, que por muito sequer relacionam-se com a legislação vigente, mas sim com as peculiaridades do caso e do agente, bastando que justifique a razão pela qual o deixou de oferecer, se assim crer mais conveniente.

A mera negativa motivada parece ser instrumento débil para afastar-se do investigado a possibilidade de melhoria em sua situação, bem como em frustrar a

⁹² Último parágrafo escrito com o apoio das posições defendidas por Soraia Mendes e Augusto Souza, durante o episódio 02, denominado Acordo de Não Persecução Penal, do *podcast* Curadoria de Processo Penal. . Curadoria de Processo Penal: Episódio 02 Acordo de Não Persecução Penal. [Locução de]: Rafael de Deus Garcia. Brasília: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 26 de maio de 2021. *Podcast*. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/5aApXYhCd6aNVnaLIPDr2?si=4ttMx_29S2e_c7Fpq1wZdg. Acesso em: 28 de maio de 2021.

mentalidade do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, aliados em promover consensos e agilidade no procedimento judicial, oportunizando que termos vagos e lacunas legais desvinculem o *Parquet* de uma orientação institucional. Ressalve-se que naqueles casos em que a gravidade do caso, ainda que observada a pena máxima limite para a celebração do Acordo, por quaisquer circunstâncias que sejam, indique que a celebração do instituto não seja a melhor forma de prevenção e sanção do delito, nada há que se opor com sua negativa, mas tão somente tece críticas no sentido de que não poderia ser formulada de forma tão arbitrária e pessoal, já que rompe com a ideologia do direito penal contemporaneamente.

Ficará a cargo do Juízo averiguar a negativa do Ministério Público e, querendo, determinar que esta seja anulada, criando contradição e interferência funcional ao determinar, o Estado-Juiz, que não por meio de norma constitucional, a forma de atuação do Parquet, afastando assim a noção de que o Acordo de Não Persecução Penal fora elaborado como forma de auxílio ao Órgão ao evitar o oferecimento da denúncia, como também a noção de celeridade consequência do Acordo, já que a negativa precisará ser avaliada por um Magistrado nesta oportunidade e na apreciação do caso como um todo, por meio da decisão que admite a denúncia em caso de reforço da negativa, agora confirmada pelo Procurador-Geral.

De fato, os termos utilizados pelo legislador geram dúvidas que não poderiam ter espaço para se desenvolver acaso criada a norma com o esmero que lhe é típico, dando causa a diversos conflitos de aplicabilidade que acarretam no afogamento do Poder Judiciário que previamente tentou se evitar. É em decorrência da ausência de clareza no artigo 28-A, caput, e seguintes do Código de Processo Penal, que os problemas de política criminal anteriormente identificados, não só prevalecem como se multiplicam, podendo se perceber que até mesmo as supostas soluções para estes conflitos, implicam novos pontos de discussão.

3.3 DA INFLUÊNCIA DE ASPECTOS CONTRATUAIS

Pode-se compreender o Acordo de Não Persecução como uma relação obrigacional firmada entre acusação e defesa, ambos com incumbências recíprocas, estas constituindo uma obrigação de fazer, qual seja o cumprimento das medidas

estabelecidas pelo Ministério Público. Obrigações de fazer são aquelas em que uma das partes, comumente denominada de devedor, mas aqui se trata do acusado no processo penal, no lugar da figura típica de direito civil, compromete-se perante outra parte, comumente denominada de credor, mas aqui o membro do Ministério Público, no lugar da figura típica de direito civil, a realizar algum ato positivo, ou seja, obriga-se perante a parte adversa a desempenhar alguma atividade que assim tenham acordado.

No âmbito do Acordo de Não Persecução Penal, esta obrigação de fazer transmite-se nas condições estipuladas pelo *Parquet* para a devida repressão e reprovação do delito cometido por meios outros que não a aplicação de qualquer pena, desde que aceitas pelo acusado e homologadas pelo Juízo. O objeto de cada cláusula que imponha obrigações é diverso e varia de acordo com as peculiaridades do caso, as condições do sujeito e a estratégia do Ministério Público, bastando, para sua legalidade, que não contrariem o ordenamento jurídico vigente, que sejam anuídas também pelo réu e que sejam homologadas pelo Juízo das Garantias, demonstrando assim a carga arbitrária de que gozam, perigosa quando se tratar de réu com carência de defesa técnica que acabe por, conseqüentemente, dispor de matérias incabíveis de renúncia, disposição ou modificação como aconteceria, por exemplo, com as garantias fundamentais impostas pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao contrário do que acontece nas obrigações de fazer oriundas do direito civil, não há qualquer possibilidade de que as obrigações objeto do Acordo possam ser executadas de forma que não personalíssima ou *intuitu personae*, afastada a possibilidade de execução na modalidade fungível. Portanto, somente esta pessoa que assinou o contrato com o titular do Ministério Público, com este acordou os requisitos para a celebração e a validade do Acordo, e que compareceu perante o Juízo competente, poderá cumprir as atividades as quais vinculou a si próprio, sendo essencial o requisito da personalidade para a execução das medidas.

Com a inserção do Acordo no ordenamento, é necessária análise interdisciplinar entre ramos do direito enquanto gênero, demandando para a sua total compreensão não só o estudo de matérias típicas criminais, como também da esfera civil, além da esfera constitucional regendo sempre todos os atos jurídicos, considerando-se tratar-se o referido Acordo como uma espécie de contrato, com um

objetivo comum entre as partes. Ainda que algumas disposições oriundas do ramo civil do direito não possam ser aplicáveis aos casos concretos criminais, por óbvio podem procedimentos e conceituações serem aplicadas em analogia, quando importem em benefício ao réu, mitigando também, por meio disto, as lacunas existentes, por aproveitamento de disposições já pacificadas e bem aceitas na comunidade jurídica.

Sabe-se que algumas críticas do aproveitamento do procedimento ordinário previsto pelo Código de Processo Civil e dos institutos promulgados pelo Código Civil são válidas, em especial em relação ao primeiro, sustentando melhor razão à corrente que dispõe que, por se tratarem de objetos diferentes, sujeitos especiais e pretensões estatais deveras divergentes, não restam muitos trâmites a se aproveitar durante o curso do processo penal, com razão. A aplicação dá-se, assim, de forma subsidiária, conforme autoriza o art. 3º do Código de Processo Penal⁹³. No presente caso, contudo, o que se aproveita são as normas de conteúdo material, no que se encaixarem ao procedimento criminal, não havendo problemas em importar soluções que já se mostraram eficazes em imbróglis civis, aos conflitos criminais, haja a vista a precariedade da justiça penal e a antiguidade dos diplomas que a regem, datados dos anos de 1940 e 1941.

Por óbvio, tratando-se os Códigos de Direito Penal e Processo Penal de tão encanecidos, refletem os conceitos da época em que foram publicados, período em que ainda não havia que se falar em nova modalidade de justiça, especialmente negocial, ao contrário do que aconteceu com os diplomas normativos civis, bastante mais recentes, que privilegiaram objetivos de consenso e celeridade, noções consideradas princípios para estes. Ainda que possam ser feitas alterações nestes diplomas por meio da inserção de novos artigos, como ocorreu com a positivação do Artigo 28-A ao Código de Processo Penal, o mero entranhamento de artigos soltos e com conteúdos conflitantes não modifica o caráter do diploma e, em razão disto, sob

⁹³ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 3º: A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Esta interpretação pode ser entendida como analógica, uma vez que, nas palavras de Fernando Capez e Rodrigo Colnago, não existe uma norma reguladora, no ordenamento penal e processual penal, prevendo tal possibilidade, motivo pela qual se utiliza de outra norma reguladora já existente, neste caso no direito civil, para a aplicação de um instituto pertinente, em uma hipótese semelhante. A formulação genérica de um imbróglis trazido ao conhecimento do Poder Judiciário, portanto, permitiu, no caso do Acordo de Não Persecução Penal, sua interpretação com fulcro em casos semelhantes já dirimidos no procedimento civil, regulando de modo expresso as condições paradigma. CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 28-32.

o enfoque de inovação, ganham destaque os institutos advindos de outros ramos do direito.

A justiça penal negocial, portanto, não implica prejuízo à democracia, ao contrário, garante mais liberdade para as partes pactuarem seus termos, nos limites da legalidade, permitindo que estas se esquivem de procedimento retrógrado, demorado e burocrático⁹⁴. Em mesmo sentido, a invocação de conceitos materiais civis traz benefícios e maior proteção ao réu, e à lisura do processo penal⁹⁵.

O Acordo de Não Persecução Penal é considerado hipótese de negócio jurídico, já que é celebrado entre duas partes adversas, com observância dos comandos legais impostos pelo artigo 28-A, principalmente, na qual ambas acordam em abrir mão de parte de suas pretensões de forma a criar um consenso que, ainda que não agrade, por completo, qualquer uma das duas, garante justiça ao caso concreto, instituindo-se obrigações recíprocas entre elas. Se tratando de negócio jurídico, portanto, deve-se perquirir acerca da observância de lições do Código Civil, quais sejam objeto válido, vontade livre, agente capaz e forma não prescrita em lei.

Idealizada como forma de solução de problemas oriundos de relações celebradas entre particulares, considerando a liberdade de estipulação da maioria dos atos da vida civil de que goza o direito privado, a boa-fé ganhou destaque no direito civil brasileiro, especialmente sendo imposto o dever de sua observância para contratantes atuais e futuros. Segundo disciplinam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁹⁶, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico de conceito aberto, que requer a interpretação, a depender das particularidades do caso concreto, do julgador para ser aplicado.

Na modalidade objetiva, a boa-fé guarda conexão com o comportamento das partes, principalmente entre aqueles que partilham a intenção de celebrar acordo de

⁹⁴ Posição similar a defendida por Pedro Monteiro, nos autos do seguinte artigo: MONTEIRO, Pedro. Opinião: **A justiça penal consensual afronta o estado democrático de direito?** Consultor Jurídico, 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/opiniao-justica-penal-consensual-afronta-estado-democratico>. Acesso em: 03 mai. 2021.

⁹⁵ E, no âmbito do processo penal, parece importante citar a decisão do Recurso em Habeas Corpus nº 140.752/DF (2021/0000536-6), Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09 de março de 2021, que aceitou a citação de réu por meio do aplicativo *Whatsapp* após este ter concordado com a forma em que fora feita, não reconhecendo, após recurso seu, qualquer nulidade, pois carente de demonstração de prejuízo ao réu, bem como reconhecida violação aos desdobramentos da boa-fé objetiva. A referida decisão será melhor explanada nas páginas infra, ainda no capítulo 2.3.1 do presente trabalho.

⁹⁶ Os parágrafos sobre boa-fé objetiva, funções da boa-fé e deveres anexos foram escritos com apoio na seguinte doutrina: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil 4: contratos**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p.40-45

vontades, por meio do instrumento particular contrato, impondo, por meio de cláusulas gerais de comportamento probo, um norte contratual que serve para balizar a conduta de ambos, tornando-a o mais leal para com o outro possível. A boa-fé é melhor compreendida por meio da análise de suas três funções principais, a função integrativa, a função interpretativa e a função de controle.

A mais concretizada desta é a função integrativa positivada no artigo 422 do Código Civil ao determinar que as partes envolvidas em uma relação obrigacional voluntária, como é o caso dos contratos, por exemplo, devem observar os preceitos éticos e morais juridicamente exigidos mesmo antes de decidirem firmar o consenso de vontades, ainda em fase pré-contratual, ampliando a esfera de atuação da norma escrita, que somente determina sua observância nas fases contratual e pós-contratual. No Acordo de Não Persecução Penal esta função seguirá a mesma regra, sendo exigida e invocada na fase de punição, nomenclatura utilizada pela doutrina civilista para descrever o período que se inicia nas tratativas preliminares, estendendo-se para o debate dos termos e a elaboração do documento escrito.

Já a função interpretativa vem prevista pelo artigo 113 do Código Civil⁹⁷, pode-se dizer que consiste em referencial hermenêutico utilizado tanto para orientar valores de ética e socialidade aos cidadãos, como para auxiliar o julgador, em caso de lacunas legislativas, a suprimir omissões e proferir seu convencimento motivado com base nos estímulos prestigiados pela sociedade, em cada época. Por força desta função, presume-se que todos os contratos celebrados assim o são em conformidade com a boa-fé, somente podendo constatar-se a inobservância desta exigência quando comprovada, ainda que difícil a produção probatória neste sentido, a conduta da parte adversa contrária a tais valores.

Por fim, a função de controle busca evitar que o titular de um direito subjetivo o extrapole de modo a prejudicar terceiros, atento ao fato de que nenhum direito, ainda que o mais abrangente ou fortemente garantido constitucionalmente, é absoluto, havendo sempre margem para sua mitigação quando confrontar-se com outro direito absoluto de aproximada valoração. É por força deste controle que se vedam, ou posteriormente declaram-se nulas, as cláusulas formuladas de maneira abusiva, de modo a importar em malefício para um ou mais dos outros contratantes,

97 O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

proibição esta que se extrai da redação do artigo 187 do Código Civil⁹⁸, principalmente.

Derivados das funções sociais da boa-fé objetiva estão os deveres anexos da boa-fé impostos quando da relação contratual, sendo eles o dever de cooperação, o dever de proteção e o dever de informação. Alguns dos imbróglis do Acordo de Não Persecução Penal e das categorias expostas no presente trabalho derivam, por diversas vezes, da inobservância de um ou mais destes deveres específicos, razão pela qual pertinente seu estudo.

A boa-fé objetiva, conclui-se em conformidade com o ora exposto, impõe deveres recíprocos entre os contratantes, deveres estes que, se não forem adimplidos, podem ensejar reparação civil à parte lesada, considerando-se hipótese de ilícito civil mesmo que quando utilizados na esfera criminal. Podem, também, determinar a contaminação do processo criminal por nulidade, relativa ou absoluta. Estes deveres anexos conceituam-se como obrigações voltadas para a proteção das partes contratantes, porém não estão expressamente previstos nos diplomas normativos, mas sim, majoritariamente, em doutrinas de direito civil contratual, não podendo, portanto, ensejar responsabilização penal por força do princípio da legalidade, mas subsistindo sanção civil para seu descumprimento.

Em se tratando do dever de cooperação, neste as partes devem valer-se de todos os meios cabíveis e de exigência razoável para atingirem um mesmo objetivo conjunto, qual seja o regular cumprimento das obrigações pactuadas em sua totalidade. Quanto ao dever de informação, neste exige-se das partes a manifestação de suas verdades, devendo uma comunicar a outra, de maneira clara, as circunstâncias e características do negócio a ser celebrados, de modo que a aceitação dos termos ocorra livre de vícios de vontade ou consentimento.

No dever de proteção, também conhecido como dever de confiança e lealdade recíproca, há a mescla destes outros deveres, sendo que neste se comprometem as partes, perante si e em prol da higidez do contrato que ora celebram, a honrar com as obrigações com as quais voluntariamente se comprometeram, salvaguardando a honra e a probidade uma da outra, garantida a boa relação jurídica entre elas. Também se trata de uma forma de garantir a

⁹⁸ O referido artigo possui a seguinte redação: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”

segurança jurídica da relação e dos documentos dela decorrente, pois devem estar alinhadas a vontade antes manifesta pelos sujeitos e a real conduta por eles desempenhada no desenrolar das fases contratuais, identificando de maneira cristalina os deveres e direitos que competem a cada um.

A boa-fé objetiva, segundo Bruno Miragem, é princípio imprescindível para o direito das obrigações, neste caso aplicado em analogia, haja vista o caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal, sendo sua aplicabilidade essencial para a concretização dos atos praticados durante o procedimento em conformidade com a legislação. Conceitualmente, é o tratamento empregado à parte adversa e pautado por lealdade e respeito, acatando-se as obrigações recíprocas, expectativas de cumprimento geradas pela parte adversa e fidelidade em relação ao objeto a ser cumprido, de modo a garantir uma conduta correta e justa de ambos celebrantes⁹⁹.

Difere-se da boa-fé subjetiva, vez que estase relaciona com o âmago de cada indivíduo, isto é, diz respeito ao sentimento pessoal de um contratante em agir de determinada maneira, amparado por suas crenças e parâmetro comportamental, podendo ser entendida como um posicionamento interno. Ainda que em menor escala, a boa-fé subjetiva também é aplicável ao direito contratual pois são as convicções pessoais que orientam a conduta de certo cidadão perante terceiros, restando evidente que somente se comportará em conformidade com a conduta proba exigida pela boa-fé objetivo se, em razão de suas ideologias, assim compreender adequado, de forma que uma modalidade fornece a base de outra.

Sobre a aplicabilidade da boa-fé objetiva, Judith Martins Costa expõe que alguns requisitos devem ser adimplidos, sendo imperioso que a razão pela qual se suscitou tal princípio possa ser facilmente identificável em seu conteúdo, sob pena de sua desqualificação no momento em que, não havendo conectário lógico entre o ato suscitado e a solução trazida pela conduta proba, este se torna desqualificado e aplicado de forma meramente subjetiva¹⁰⁰. No âmbito do Acordo de Não Persecução Penal, o objeto que confere à boa-fé razão de ser trata-se do controle institucional do Ministério Público, bem como no sucesso da repreensão do agente acusado.

⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 130-134.

¹⁰⁰ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 13.

Mister destacar que, conforme Humberto Teodoro Júnior¹⁰¹, a boa-fé subjetiva é um dever acessório dos contratantes, isto é, ainda que não se trate do dever principal, este compreendido como as obrigações de fazer ou não fazer acordadas pelas partes, também vinculam a sua observação e orientam a conduta em conformidade com o conteúdo exigido por esta. Este dever acessório implica, nas palavras do Professor, um padrão comportamental baseado em comportamentos ético-sociais, o qual impõe o desempenho de uma conduta correta mediante o ponto de vista social, intitulada de cláusula geral porquanto trata de conceitos genéricos, somente definíveis quando aplicados a cada caso concreto.

3.3.1 DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DOS SEUS DESDOBRAMENTOS

No âmbito do direito civil a boa-fé objetiva desenrola-se em quatro principais desdobramentos utilizados para ampliar seu âmbito de aplicação, pois impõem ainda mais parâmetros comportamentais e orientações de condutas para os contratantes. Estes desdobramentos não estão previstos expressamente no Código Civil, mas constituem obrigação implícita já de conhecimento geral dos operadores do direito, uma vez que reconhecidas e mencionadas pelos Tribunais, inclusive os Superiores.

Estes desdobramentos complementam a função social do contrato prevista no artigo 421 do Código Civil¹⁰², pois, junto com a obrigação principal da boa-fé, conferem razão de ser para o instrumento particular, que não mais se trata de mero documento que reproduz a letra fria da lei, mas sim a transcrição e a concretização das vontades pessoais e do direito de expressá-las previstos em lei. Destacáveis quatro desdobramentos para o presente projeto, quais sejam o *Venire Contra Factum Proprium*, a *Supressio*, a *Surrectio* e o *Tu Quoque*, que busca explicar e exemplificar infra¹⁰³.

No âmbito civil, os institutos do *Venire Contra Factum Proprium* e da *Tu Quoque* complementam o significado um do outro e podem ser analisados em

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2014. p. 25.

¹⁰² O referido artigo possui a seguinte redação; “Artigo. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. **Parágrafo único**. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

¹⁰³ Os desdobramentos da boa-fé objetiva são conceituados com fulcro na seguinte obra: JÚNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 630-650.

conjunto, já que fazem menção ao comportamento contraditório de uma das partes, que acaba por causar sentimento de surpresa em outra. O primeiro é o próprio comportamento contrário às razões que, até o momento da contradição, tinha uma das partes levado a outra a crer serem as habituais, porém há um rompimento com o padrão de conduta até então exposto, no qual um dos contratantes demonstra reação conflitante com o anteriormente previsível, incorrendo em vantagem ilícita decorrente da arbitrariedade, ao exemplo do contratante que aceita os termos de um contrato em sua totalidade, de forma voluntária e parecendo satisfeito com esses, e meses após já celebrado, ingressa judicialmente contra o outro contratante alegando vício nas cláusulas¹⁰⁴.

Tu quoque, em similar sentido, é a sensação de deslealdade experimentada pelo contratante que foi surpreendido pela conduta repentina e contraditória de outro contratante, ato do qual não tinha suspeita e não poderia esperar ou presumir, haja vista a obrigatoriedade de conduta proba e os deveres de informação, cooperação e proteção anexos à boa-fé já mencionados anteriormente¹⁰⁵. Percebe-se, portanto, que o Código Civil buscou resguardar os contratantes contra atos ilícitos, sob o enfoque da legislação civil, em quais, futuramente, poderia um destes incorrer, impedindo assim que uma parte pudesse auferir vantagem indevida em desfavor da outra, mantendo íntegra a aplicação da ideologia de lealdade trazida pelo Código Civil contemporâneo, já influenciado por preceitos de autocomposição.

Os desdobramentos *Supressio* e *Surrectio* também complementam-se em seus significados, bem como guardam relação interdisciplinar com os demais desdobramentos. Poderá se falar em *Supressio* quando o titular de algum direito subjetivo renuncia, de forma tácita e pela não utilização de sua garantia legal em tempo suficiente para ser percebida a desistência¹⁰⁶, a aplicação deste direito, que acaba por cair em desuso, não mais o sendo titular deste, pois este já não mais existe na realidade fática.

A *Surrectio* decorre diretamente da *Supressio* pois faz nascer para um terceiro, o qual antes não tinha qualquer titularidade do direito perdido por força da

¹⁰⁴ Aqui, não é demais lembrar o julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 140.752/DF (2021/0000536-6), Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09 de março de 2021, em que foi aplicado o instituto, abordado nas páginas 60 e 69 do presente trabalho.

¹⁰⁵ Ver capítulo 2.3 do presente trabalho.

¹⁰⁶ Não se pode afirmar, com certeza, qual o critério temporal utilizado para definir qual lapso de tempo será considerado suficiente, devendo ser averiguada, pelo julgador, a complementação de tal período, nos variados casos concretos.

Supressio, direito subjetivo a ver mantidas as condições decorrentes do não exercício do direito, por parte de outro contratante. Não mais poderá ser exigível o adimplemento de qualquer obrigação que, durante relevante tempo, por inércia do credor, teve um dos contratantes causas suficientes para acreditar não ser necessária a execução.

Para fins elucidativos, no direito civil, pode ser usada como exemplo uma servidão utilizada por um vizinho por anos, com o conhecimento de seu proprietário, mas que, tempos depois, é exigida a liberação da área pelo possuidor (*Venire Contra Factum Proprium*), surpreendendo o vizinho que até então a desfrutava (*Tu quoque*). Neste caso, pela concordância tácita, o proprietário do bem não é mais assistido pelo direito em reparar a área (*Supressio*), ao passo em que o usufruto passa a ser garantido para o possuidor (*Surrectio*)

Os desdobramentos da boa-fé também são aplicáveis ao processo penal e, certamente, surgirão situações no âmbito da celebração e do cumprimento do acordo de não persecução penal. No que concerne aos preceitos *Supressio* e *Surrectio*¹⁰⁷, pode-se concluir que aquele se configura no momento em que o Ministério Público abre mão do direito de promover a persecução penal e a punição almejada, fazendo assim nascer o segundo, que se configura no momento em que surge para o réu o direito de ser beneficiado pelas melhorias que lhe trará o Acordo de Não Persecução Penal. De mesmo modo, é suprimido o direito de punir do Estado com a não instauração do processo criminal e a substituição da pena, enquanto modalidade de sanção, ao agente beneficiado pelo Acordo de Não Persecução Penal, mas surge para si, o benefício da celeridade, da promoção da justiça consensual e do resguardo do direito penal enquanto, verdadeiramente, medida de última *ratio*.

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.803.278/PR¹⁰⁸, definiu requisitos para a *Supressio* e, conseqüentemente, para a

¹⁰⁷ Conforme Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a *Supressio* pode ser entendida como “a perda da possibilidade de fazer valer um direito, em virtude da decorrência do tempo [...] ou do comportamento do titular desse direito contrário à boa-fé objetiva, ao que a *surrectio* entende-se como “a vantagem advinda da incidência da *suppressio* [...] para que o beneficiário adquira posição jurídica mais vantajosa – aquisição de direito ou liberação de prestação –, deve estar presente a boa fé objetiva e subjetiva. Lição extraída da obra JÚNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 642-643.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.803.278 ((2019/0071035-1). Recorrentes: Havan Lojas de Departamentos LTDA e Alvear Participações S/A. Recorrido: Os mesmos. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 de outubro de 2019. Disponível

Surectio, vez que a segunda depende da configuração da primeira, quando do julgamento de causa civil que tratava do reajuste de aluguéis, tendo sido cobrados valores retroativos de diferença ilegalmente pelo locador. No caso em tela, o proprietário do bem, em contrato com prazo estipulado de 20 anos, deixou de reajustar o valor lhe alcançado como pagamento mensal do aluguel durante 05 destes anos, gerando no locatário, a expectativa de assim não o ser feito, futuramente, mas, ao contrário do esperado, tentou, sem êxito em todos os Órgãos Julgadores, reajustar o valor anos após.

O colegiado então definiu que a *Supressio* ocorre quando um direito garantido a uma parte não é exercido, de forma espontânea, durante o curso da relação processual, gerando assim, para a outra parte, expectativa de que não mais se encontrava vinculada ao adimplemento da obrigação, por força da boa-fé objetiva. Significa dizer que se extingue a eficácia do direito renunciado pela inércia, pois, de outra forma, causar-se-ia desequilíbrio desleal à relação contratual, caso permitido seu exercício em momento tardio. São necessários três requisitos, a serem cumpridos de maneira conjunta, sendo estes a inércia do titular do direito, lapso temporal suficiente para gerar expectativa de desobrigação e, por fim, quebra de confiança e lealdade caso seja exercido o direito em momento posterior, em decorrência do sentimento da parte adversa.

Ao contrário do que ocorre no direito civil, entretanto, em regra a *Supressio* e a *Surectio* configuram-se no trâmite do Acordo de Não Persecução Penal de forma voluntária, de modo que o *Parquet* deixa de exercer parte de sua função institucional enquanto titular da ação pública, ao passo em que o réu, em virtude desta renúncia, também deixa de sofrer as sanções típicas da instrução e do julgamento criminal. Se tratando de voluntariedade, na maioria das vezes, percebe-se o compromisso de que compartilham as partes, ambas comprometendo-se, abrindo mão de seus direitos e sendo beneficiadas por novas modalidades de direitos, de forma mútua e proporcional.

Princípio que sustenta a impossibilidade do comportamento desleal e que rompe com a expectativa de confiança da parte adversa, pilares da *Supressio* e

Surrectio, é o da vedação ao comportamento contraditório¹⁰⁹, ainda que não seja, de fato, no âmbito criminal, uma proibição, importa na desconstituição dos termos acordados com o réu caso este aja em maneira contrária aos compromissos com os quais se comprometeu, como, por exemplo, deixando de realizar a sanção que lhe foi incumbida, tornando-lhe parte na persecução penal e, posteriormente, análise judicial, as quais lhe implicam piora de condições, tanto por possibilitarem a imposição de formas piores de sanção, como por constituírem efeitos penais em caso de condenação.

Neste norte, curiosamente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso em *Habeas Corpus* n° 140.752/DF (2021/0000536-6), Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09 de março de 2021¹¹⁰, no sentido de aceitar a citação de réu em processo que seguia o rito da Lei Maria da Penha, Lei Federal n° 11.340/2006, feita pelo Tribunal *a quo* por meio do aplicativo *Whatsapp*, em razão das medidas de distanciamento social instauradas durante o ano de 2021 no país. Ainda que no processo penal as regras de citação sejam mais rígidas do que aquelas praticadas em outros ramos do direito, justamente pela necessidade de ciência, por parte do réu, do procedimento criminal que contra ele corre e poderá importar em significativas sanções, privilegiando-se as modalidades pessoais de assim o fazer, em decorrência de motivo de força maior, fora aceita citação por meio eletrônico.

A citação que ora poderia ter sido considerada inexistente, de direito, fora aceita pelo Tribunal uma vez que o próprio réu demonstrou ciência e concordância com sua realização, por meio do aplicativo de mensagens, inclusive elencando a Defensoria Pública como titular de sua defesa técnica, inexistindo, portanto,

¹⁰⁹ Tal instituto, conhecido pelo brocardo *Venire Contra Factum Proprium*, não é típico do ordenamento jurídico brasileiro, mas é por este recepcionado, sendo inclusive argumento apto a figurar como fundamento de sentença na seara do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 1311173, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2020, em qual se destaca o trecho "não pode, "neste momento, depois de transitado em julgado a questão, querer modificar os termos pactuados, sob pena de, como ressaltado pelo Magistrado singular, praticar comportamento totalmente contraditório" (*Venire Contra Factum Proprium*).

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n° 140.752/DF (2021/0000536-6). Recorrente: Fabrício Santos Pinheiro Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 09 de março de 2021. Disponível *online* em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2030275&num_registro=202100005366&data=20210315&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 30/05/2021.

qualquer prejuízo ao seu devido processo legal. Entretanto, posteriormente, valeu-se o réu do recurso em *Habeas Corpus* para tentar invalidar sua intimação, não tendo esta adimplido com os comandos e formas definidas em lei, porém foi denegada a ordem que pleiteava, pela instância superior, sob o argumento de que não poderia agir de forma contraditória durante o trâmite processual.

Neste caso, reconheceu a Corte a violação aos desdobramentos da boa-fé objetiva, especialmente do *Venire Contra Factum Proprium*, pois ao aceitar a citação em momento posterior e somente manifestar inconformidade com sua forma diversos atos processuais após, quando já carente de teses defensivas, incorreu em comportamento desleal que causou surpresa ao pólo adverso, rompendo com a lealdade processual que deveria observar. Importante renovação da jurisprudência em matéria de processo penal, especialmente por guardar inversão da lógica garantista até então majoritária nas Cortes Superiores.

Entende-se, não obstante e com respeito ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que as prerrogativas ressalvadas ao réu não poderiam ser dispensadas, especialmente sem a exata compreensão desta renúncia e de suas consequências, pois sequer havia defensor constituído para assim orientar o réu, pelo simples fato de que assim poderia parecer, para um cidadão leigo, ser o procedimento correto, uma vez que, ainda que inescusável a ingorância legislativa, não é razoável exigir-se que todos tenham conhecimento das regras de citação impostas pelo Código de Processo Penal e de procedimentos cartorários. Também parece que não deveria ser privilegiado desdobramento de boa-fé objetiva, o qual não positivado e sequer típico, até então, ao processo penal, em detrimento de norma concreta e que tem o condão de proteção aos litigantes, em desfavor ao acusado, já que assim poderia se demonstrar o seu prejuízo, no caso paradigma não reconhecido pelo Tribunal *ad quem*, só podendo ser utilizada tal interpretação, inclusive no Acordo de Não Persecução Penal, para beneficiar o acusado.

O fato de o réu expressar concordância com os prejuízos contra si não deveria permitir que malefícios se concretizassem em seu desfavor, ainda que pudesse assim ter alegado anteriormente, no momento em que constituída sua defesa. Permitir sejam proferidas novas decisões neste sentido, sob o risco de instaurar perigoso precedente diferente do que aquele idealizado pelos diplomas penais, importaria em também permitir, gradualmente, a violação de direitos

subjetivos sob a escusa de um viés de concordância que não deveria importar para a questão.

Outro instituto advindo do direito comparado no qual impera o regime jurídico da *Common Law* é o dever conhecido com *duty to mitigate the loss*¹¹¹, o qual impõe que as partes envolvidas em um contrato empreendam todos os seus esforços para evitar quaisquer ilegalidades, irregularidades, vícios ou outras formas de resolução contratual que não sua extinção pelo cumprimento, alcançando-se assim seu objetivo. A perda que se deve evitar, acredita-se, é a precoce fulminação de um contrato anteriormente válido, permitindo que as partes alcancem as metas idealizadas em seus termos.

O dever de compartilhamento das provas coligidas durante a fase investigatório, também advindo do direito comparado e conhecido como *duty to disclosure*, é forma de garantir que o processo seja um espaço civilizado, ético e paritário. A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, quando do julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n° 114/638/RJ¹¹², que ao Ministério Público é vedado apresentar provas diferentes, ou com alterações próprias, do que aquelas colhidas por autoridade policial, uma vez que prejudica a atuação da defesa e, conseqüentemente, macula a ampla defesa do acusado, sendo anuláveis os atos que por falsas provas se pautarem. No âmbito do Acordo de Não Persecução Penal, permitir a elaboração do acordo com base em evidências que não correspondam com a verdade do fato poderia fazer com que um acusado assumisse a autoria dos fatos, estes que assim não o precisaria fazer, com base em seu direito ao silêncio, mostrando a tentativa do *Parquet* em combater uma ilegalidade com emprego de outra.

¹¹¹ Em tradução livre, traduz-se como dever de mitigar a perda. Sua conceituação foi realizada em conformidade com o presente artigo: PAGNUSSAT, Gabriel Trentini; PRANDI, Luiz Roberto; PAGANI, Valdecir. The Duty To Mitigate The Loss (O Dever De Mitigar a Perda): fundamentação e aplicação. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 jan. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/the-duty-to-mitigate-the-loss-o-dever-de-mitigar-a-perda-fundamentacao-e-aplicacao/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n° 114.683/RJ (2019/0184747-7). Recorrente: Neilton Mulim da Costa Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 13 de abril de 2021. Disponível *online* em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105861219&num_registro=201901847477&data=20210427&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 17/06/2021.

Ainda que sua aplicação, no ordenamento jurídico brasileiro, seja recente, já é possível concluir-se que esta tentativa de preservar a lisura dos contratos celebrados, aqui destacáveis os Acordos de Não Persecução Penal considerados legais e homologados pelo Juízo competente, encontra seu escopo na própria boa-fé objetiva, bem como nos deveres anexos, especialmente o de cooperação, e desdobramentos desta cláusula geral, pois demandam o emprego de conduta proba, leal e contributiva entre os contratantes. Em se tratando do acordo objeto do presente trabalho, pode se pensar neste dever de mitigação ao imaginar, hipoteticamente, que o Ministério Público poderá deixar de exigir, tanto no momento da elaboração dos termos, ao exemplo da dispensa de confissão, como no momento da execução destes, ao exemplo de sua concretização ainda que não anuída alguma cláusula pouco relevante, como, por exemplo, a de prestação mensal de satisfações ao Juízo, o cumprimento de algum dos requisitos estabelecidos, quando comprovadamente de difícil ou impossível execução pelo investigado.

Em relação à suas características¹¹³, em analogia aos contratos celebrados com base no direito civil, tem-se que o instituto é bilateral, pois impõe direitos e obrigações para ambas as partes, Ministério Público e réu. Tem-se como exemplos a elaboração de termos em conformidade com as determinações legais e promoção da execução das medidas impostas ao agente, por parte do primeiro, e aceitação e cumprimento tanto dos termos como das condições impostas, por parte do segundo.

Também é personalíssimo, pois, em conformidade com o Princípio da Intranscendência das Penas¹¹⁴, somente imputa-se responsabilização ao agente acusado dos fatos discutidos no âmbito do Acordo, na exata medida de sua responsabilidade, sem haver atribuição de quaisquer efeitos para terceiros. Em

¹¹³ A classificação dos contratos se dá em conformidade com as lições de Flávio Tartuce na seguinte obra: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 448-454.

¹¹⁴ Princípio previsto pelo artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal, sob a seguinte redação: "Artigo. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;" Relevante destacar a Teoria da Transcendência Mínima idealizada por Rodrigo Roig, a qual confronta o referido artigo com a realidade prática, determinando que, ainda que seja vedada a afetação de terceiros em caso de condenação, esta sempre acabará por existir, devendo-se buscar a transcendência no menor nível possível. De mesma forma possível aplicar-se tal teoria ao Acordo de Não Persecução Penal. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2015. p. 97-99

relação às cláusulas, é paritário, pois, não obstante ser incumbência do Ministério Público a elaboração dos termos, pode o réu recusar a celebração naqueles termos, bem como requerer a modificação de um ou mais destes, afastando a incidência de um contrato de adesão¹¹⁵, o qual acabaria por, possivelmente, dar causa à retificação dos termos em virtude da arbitrariedade.

Quanto à execução, esta se dá em momento posterior a assinatura do documento, razão pela qual é diferida, como também é continuada, visto que se prolonga enquanto durarem as medidas estipuladas pelo Ministério Público, extinguindo-se tão somente com a decretação, em Juízo, da extinção da punibilidade, ao final do procedimento, prolongando-se os efeitos por cinco anos, período em que não será possível nova celebração deste Acordo ou de outras medidas típicas de justiça negocial penal. Ressalte-se que, em se tratando de execução que se prolonga no tempo, pode ser alegada a Teoria da Imprevisão, caso algum fato superveniente e alheio a vontade da parte causou a modificação desta, bem como a Teoria do Adimplemento Substancial, na qual, tendo sido cumpridos os termos em sua maioria, e descumprido algum deles, em caráter excepcional, de porcentagem mínima, pode ser considerado válido e apto a produzir efeitos, devendo ambas ser confirmadas perante o Juiz das Garantias, de forma a averiguar sua adequação a cada caso concreto, se ocorrerem.

Explica-se melhor as teorias antes mencionadas, para propiciar a melhor compreensão do instituto, quais sejam a Teoria da Imprevisão e a Teoria do Adimplemento Substancial. Na Teoria da Imprevisão¹¹⁶, há a possibilidade de revisão ou rescisão excepcional de um contrato já celebrado e em fase de execução de seus termos quando um dos contratantes é prejudicado por situação externa e não motivada por si ou pelo outro contratante, de modo que a manutenção do acordo, ao menos nos termos em que originalmente idealizado, não mais é possível, sequer razoável exigir-se, sob pena de causar relevante prejuízo para si, impondo que no caso dos contratos de prestações sucessivas, como é o caso do Acordo de Não Persecução Penal que não é extinto em um só ato, as cláusulas somente se

¹¹⁵ Contratos de adesão são aqueles em que, conforme ensina Arnaldo Rizzardo, uma das partes celebra o contrato sem a possibilidade de elaboração dos termos nele constantes, vez que já foram estipulados pela outra parte de maneira prévia, unilateral e uniforme, mas, ainda assim, não configuram ilicitude. RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 1.189

¹¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 137-142.

mantém irretocáveis se as circunstâncias da época em que o contrato for celebrado também assim mantiverem-se.

Prevista pelo artigo 478¹¹⁷ do Código Civil, o conceito da referida teoria se extrai da lição de Sílvio de Sálvio Venosa¹¹⁸, ao definir que somente poderá o Poder Judiciário intervir nos contratos quando surja uma circunstância relevante, durante o curso do contrato, que cause dificuldade extrema para uma das partes. Esta dificuldade causa uma onerosidade excessiva e superveniente que fulmina a prestação a ser adimplida pela parte afetada, permitindo que esta se veja liberta de sua execução, de modo a evitar o locupletamento, ou seja, vantagem ilícita, para a outra contratante, equilibrando a relação entre ambos mantida.

Já na Teoria do Adimplemento Substancial¹¹⁹, há o descumprimento, por uma das partes, de ínfima parcela de um dever exigido com força de lei no contrato ao qual antes se vinculou de forma consensual, causando assim o rompimento parcial de uma obrigação, podendo ser esta principal ou acessória, em virtude de impossibilidade de seu cumprimento, seja por caso fortuito, seja por força maior, mas geralmente de forma involuntária, porém já tendo sido a obrigação cumprida de forma quase integral. Este inadimplemento, por não causar, via de regra, prejuízo ao objeto do contrato ou aos demais contratantes, não é imputável a quem o deu causa, isto é, não impõe sanções nem a destituição dos contratos mas, ao contrário, permite a conclusão regular dos acordos pois irrelevante sua exigência para a concretização do consenso pactuado, uma vez que impossível rescindir a parcela faltante da obrigação, tão mínima que é.

Prevista pelo Enunciado nº 361, IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, sob a seguinte redação: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.” Tal teoria pode ser compreendida como a “impossibilidade de resolução/rescisão contratual sempre que houver um adimplemento próximo ao

¹¹⁷ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 478: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”

¹¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 4 ed. Rio de Janeiro Atlas. 2019. p. 488.

¹¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 250-252.

resultado final, tendo em conta a conduta das partes justificada pela boa-fé.”, conforme lição de Clóvis do Couto e Silva¹²⁰

Considera-se formal e nominado, em relação à sua estrutura. Isto se dá já que deve ser celebrado em documento padrão, apresentado em Juízo, nas formas determinadas em lei, previstas no artigo 28-A do Código Penal, bem como recebe a denominação de Acordo de Não Persecução Penal.

A decisão que homologa o Acordo de Não Persecução Penal, segundo a teoria da valoração trazida por Pontes de Miranda, tem força predominantemente declarativa, já que somente confirma existir uma relação jurídica, assim como atesta a presença de um direito, em conformidade com as normas legais, no caso concreto. Esta também é a orientação do Enunciado 24 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais¹²¹.

De mesma forma, poderá o Juízo das Garantias, Órgão responsável por atestar a legalidade do Acordo, *ex officio*, atestar a extinção da punibilidade quando assim não fizer o Ministério Público, após a complementação dos requisitos estipulados, assim como outras formas de ilegalidades por este podem ser combatidas¹²². Semelhante atuação judicial, realizada sem a provocação das partes, ocorre tanto no processo criminal quanto no processo civil, podendo as nulidades absolutas ser invocadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, de forma a garantir a hierarquia e a legalidade das disposições legais.

Por fim, deve ser aplicada e respeitada a função social da celebração do Acordo, em especial em relação ao Ministério Público, se tratando de limitação ao seu poder funcional em buscar a punição do delito. Assim, é necessária como forma de proteger e distinguir a pessoa física do agente com o ato que este cometeu, real fonte de reprovação, garantindo a atuação do Órgão de forma controlada, sem permitir abusos típicos de sistemas inquisitoriais ou absolutos, devendo-se motivar e justificar todos os atos praticados, de modo a garantir sua legalidade.

¹²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. p. 5

¹²¹ O referido enunciado possui a seguinte redação: “Enunciado 24: A homologação do Acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/contéudo do Acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório”.

¹²² Possibilidade defendida por Daniel Ribeiro Surdi e Rodrigo Castor de Mattos, no seguinte artigo: AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de; MATTOS, Rodrigo Castor de. Acordo de não persecução penal: a atuação *ex officio* do Poder Judiciário. **Consultor Jurídico**, São Paulo, v. 0, n. 0, p. 0-0, 05 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-anpp-atuacao-ex-officio-poder-judiciario>. Acesso em: 05 maio 2021.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo realizado acerca do Acordo de Não Persecução Penal, extraem-se, ao final, as seguintes considerações:

Primeira: O Acordo de Não Persecução Penal é previsto no Artigo 28-A do Código de Processo Penal, com requisitos e impeditivos para sua celebração previstos de forma taxativa, sendo aplicável tão somente aos delitos considerados de menor reprovação social, valoração compreendida em razão do critério temporal da pena mínima e da ausência de violência ou grave ameaça.

Segunda: Ainda que originário do modelo norte-americano de justiça, no Brasil, o Acordo de Não Persecução Penal modifica seus termos de maneira radical, impondo o controle da atuação do Ministério Público, a necessidade de monitoramento de sua legalidade por parte do Juízo competente e o dever mútuo de lealdade processual, impondo-se a modificação de mentalidade demasiadamente punitivista para a garantia da higidez do instituto.

Terceira: A justiça negocial deverá ser aplicada em desfavor da justiça conflitual em todos os casos em que couber e for possível, porquanto melhor forma de privilegiar princípios processuais e constitucionais e conferir maior proteção ao réu ou ao investigado.

Quarta: A tentativa de equiparação dos poderes de que gozam Ministério Público e Defesa é, na realidade brasileira, utópica, sendo que nem mesmo o Acordo de Não Persecução Penal tem o condão de equilibrar as deficiências da defesa em relação ao *Parquet*, caso em que não é adimplido o Princípio da Paridade de Armas, em decorrência de *déficit* histórico em desfavor do réu.

Quinta: O Acordo de Não Persecução Penal é instituto *sui generis*, que mescla tanto elementos de natureza material quanto de natureza processual penal na norma em que previsto, razão pela qual poderá retroagir de forma total aos casos ocorridos anteriormente à sua vigência, porém somente deve ser celebrado caso não oferecida denúncia, uma vez que idealizado para evitar o manejo da inicial acusatória.

Sexta: A propositura do Acordo de Não Persecução Penal não pode ser imposta ao Ministério Público, uma vez que não se trata de direito subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do *Parquet*, bastando para sua recusa a

exposição dos motivos da negativa, que devem ser analisados pelo Juízo competente, de forma a evitar arbitrariedades injustificáveis.

Sétima: A confissão exigida para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal pouco importa para o Ministério Público, senão para, na grande maioria dos casos, fins especulatórios, assim como viola prerrogativas do réu, que não tem outra opção caso queira ser beneficiado pelo instituto.

Oitava: O Acordo de Não Persecução Penal é espécie de contrato, anteriormente não facilmente identificável no rito criminal, impõe um vínculo processual e obrigacional entre defesa e acusação e, por isto, deverá seguir as regras decorrentes da boa-fé objetiva e seus desdobramentos, desde o momento da elaboração de seus termos até a sua execução.

Nona: O Acordo constitui negócio jurídico que expõe o consenso de vontades de partes adversas, em prol de um objetivo comum, qual seja o cumprimento de obrigações personalíssimas de fazer ou não fazer alguma atividade previamente determinada.

Décima: O Acordo somente tem razão de existir se cumpre com alguma função social, no seu caso a mitigação de processos em cursos, a promoção da celeridade e a confirmação da interveniência do direito penal enquanto medida de *ultima ratio*.

Décima primeira: O descumprimento dos termos estipulados de forma consensual, legal e livre de vícios entre as partes, salvo se justificável e parcial, por força das Teorias da Imprevisão e do Adimplemento Substancial, acarretará responsabilização civil, criminal ou ambas, ao agente que o der causa.

Décima segunda: O Acordo de Não Persecução Penal submete-se à boa-fé objetiva, devendo, necessariamente, observar os preceitos por esta cláusula geral impostos, assim como ser estipulado em conformidade com as funções de controle, integrativa e cooperativa típicos à boa-fé, sendo estes o dever de cooperação entre as partes, tanto nos sentidos de comunicação recíproca acerca dos termos, como no sentido de evitar vícios ou ilegalidades em seu texto.

Décima terceira: Ao acordo aplicam-se, com relação de submissão deste, os desdobramentos da boa-fé objetiva, especialmente *Supressio*, *Surrectio*, *Venire Contra Factum Proprium* e *Tu Quoque*.

Décima quarta: Ainda que polêmica sua aplicação e criticável o pacote de lei que o instituiu, o Acordo de Não Persecução Penal é mudança positiva na mentalidade criminalista, sendo positiva a mitigação da indisponibilidade da ação criminal e a promoção da justiça negocial, mas o instituto corre o risco de não ser desenvolvido na totalidade de seu potencial, em razão dos ideais vingativos e rancorosos da sociedade.

Décima quinta: O Acordo de Não Persecução Penal é causa extintiva da punibilidade sem a aplicação de pena, o que se mostra positivo, pois, em atenção ao declínio das instituições carcerárias brasileiras, não há benefício em submeter agentes que cometeram, em tese, crimes “leves”, ao regime fechado, corrompendo-os e fazendo com que, ao contrário de ressocializados, deste sistema saiam em condições piores. Não significa, portanto, dizer que não há sanção, mas tão somente que a retribuição estatal ao delito praticado não precisa ocorrer da forma mais rigorosa possível

5 REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. **Acordo de não persecução só retroage enquanto não recebida a denúncia, diz STJ**. Consultor Jurídico. São Paulo, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-12/acordo-nao-persecucao-retroage-enquanto-naorecebida-denuncia>. Acesso em: 23 nov. 2020

Artigo sobre justiça reparativa. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/justica-restaurativa/>. Acesso em: 16/03/2021

AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de; MATTOS, Rodrigo Castor de. **Acordo de não persecução penal: a atuação ex officio do Poder Judiciário**. Consultor Jurídico, São Paulo, v. 0, n. 0, p. 0-0, 05 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinio-anpp-atuacao-ex-officio-poder-judiciario>. Acesso em: 05 maio 2021.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

AZEVEDO, Nathalia Parente de; FONSECA, Tiago Abud da. **O ANPP na audiência de custódia e o teatro dos horrores**. Consultor Jurídico, São Paulo, 03 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/opinio-anpp-audiencia-custodia-teatro-horrores>. Acesso em: 05 dez. 2020.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. São Paulo: Jh Mizuno, 2020.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020..

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. **Comentários sobre a exigência da confissão no Acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 fev. 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opinioao-exigencia-confissao-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 28 set. 2020.

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020). – Porto Alegre: DPE, 2014.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

Enunciados da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho de Justiça Federal do Superior Tribuna de Justiça. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-e-processo-penal-aprova-32-enunciados>. Acesso em: 18 set. 2020.

Enunciados Ministério Público Federal – Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em 03 ago. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **"Populismo judicial é a mais perversa forma de populismo", diz Ferrajoli**. Consultor Jurídico, São Paulo, 24 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal>. Acesso em: 29 maio 2021.

FERNANDES, Myrella Antunes. **Os riscos do Acordo de não persecução penal nas audiências de custódia**. Consultor Jurídico, São Paulo, 29 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-29/myrella-fernandes-riscos-anpp-audienci-as-custodia>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina; BARBOZA, Márcia Noll. **A aplicação retroativa do ANPP: uma experiência positiva no TRF-1**. Consultor Jurídico, São Paulo, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/opinioao-aplicacao-retroativa-anpp>. Acesso em: 23 nov. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil 4: contratos**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

]

GERBER, Daniel. **A largada da negociação penal**. Consultor Jurídico, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-22/daniel-gerber-largada-negociacao-penal>. Acesso em: 26 set. 22

JAKOBS, Gunther e CANCIO, Manuel Meliá, **Derecho Penal del Enemigo**, Madrid: Thonson-Civitas, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do Acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 17 jul. 2020

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal**. Consultor Jurídico, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Acordo de Não Persecução Penal: Um novo começo de era (?)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/442>. Acesso em: 27 set. 2020

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer; MARTINS, Jorge Henrique Goulart Schaefer. **Acordo de Não Persecução Penal: Direito Subjetivo do Inculpado (?)**. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/606249792E726A_ACORDODENAOPERSECUCAOPENAL.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Consultor Jurídico, São Paulo, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-Acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 28 set. 2020.

MELO, André Luis Alves de. **A Disfuncional Confissão no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)**. Consultor Jurídico, São Paulo, 21 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-21/mp-debate-disfuncional-confissao-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 19 fev. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTEIRO, Pedro. **A confissão no Acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, 14 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-14/pedro-monteiro-confissao-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 24 set. 2020

MONTEIRO, Pedro. **A justiça penal consensual afronta o estado democrático de direito**. Consultor Jurídico, São Paulo, 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/opiniao-justica-penal-consensual-afronta-estado-democratico>. Acesso em: 09 mar. 2021.

MONTEIRO, Pedro. **O overcharging e o Acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, São Paulo, 24 out. 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-out-24/monteiro-overcharging-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 08 mar. 2021.

MPF já fechou mais de 5 mil Acordos de não persecução penal. Consultor Jurídico, São Paulo, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-Acordos-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 26 set. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: volume 3. contratos.** 9. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado.** 19 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo Penal e Execução Penal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAGNUSSAT, Gabriel Trentini; PRANDI, Luiz Roberto; PAGANI, Valdecir. **The Duty To Mitigate The Loss (O Dever De Mitigar a Perda): fundamentação e aplicação.** Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, 01 jan. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/the-duty-to-mitigate-the-loss-o-dever-de-mitigar-a-perda-fundamentacao-e-aplicacao/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **ANPP e crimes tributários: não é cabível a incidência do instituto nesses delitos.** Consultor Jurídico, São Paulo, 12 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/gravidade-traffic-basta-negar-Acordo-nao-persecucao>. Acesso em: 26 fev. 2020.

PIVA, Raphael. **As hipóteses de aplicação retroativa do Acordo de não persecução penal.** Consultor Jurídico, São Paulo, 29 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-29/rafael-piva-hipoteses-aplicacao-retroativa-anpp>. Acesso em: 28 set. 2020.

Podcast Curadoria de Processo Penal, disponível online em https://open.spotify.com/episode/5aApXYhCd6aNVnaLIPDr2?si=4ttMx_29S2e_c7Fpq1wZdg.

QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo.** Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. p. 05. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 27 Out. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. **Resta algo do pacote anticrime? Mais punição e menos garantias**. Consultor Jurídico, São Paulo, 13 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-13/limite-penal-resta-algo-pacote-anticrime-punicao-garantias>. Acesso em: 04 fev. 2021.

SAMPAIO, Karla da Costa; LIMA, Camile Eltz de. **ANPP comprova a evolução no sistema jurídico penal brasileiro**. Consultor Jurídico, São Paulo, 16 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-Acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 28 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista da Ajuris . n. 98, jun., 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global**. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2009.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **A postura da defesa nos Acordos de não persecução penal**. Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/tribuna-defensoria-postura-defesa-Acordos-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 01 mar. 2021.

SILVA, Franklyn Roger Alves da; ESTEVES, Diogo. **A responsabilidade internacional pelas deficiências da Defensoria**. Consultor Jurídico, São Paulo, 18 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/responsabilidade-internacio-nal-pelas-deficiencias-defensoria>. Acesso em: 23 nov. 2020.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. **Breves considerações sobre o Acordo de não persecução penal**. Revista do Instituto de Ciências Penais, vol. 5, 05 mai. 2020.

SOARES, Rafael Junior; DAGUER, Beatriz. **A necessidade de confissão para formalizar o Acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, São Paulo, 02 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-02/soares-daguer-necessidade-confissao-anpp>. Acesso em: 28 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos do duty of disclosure do MP: O caso do advogado Vargas**. Consultor Jurídico, São Paulo, 04 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-04/streck-precisamos-duty-of-disclosure-mp-advogado-vargas>. Acesso em: 04 jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2014. p. 25.

VALENTE, Fernanda. **Juiz das garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux**. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-aterreferendo-plenario>. Acesso em: 30 nov. 2020.

VALENTE, Fernanda. **STF vai analisar no Plenário físico retroatividade da não persecução**. Consultor Jurídico, São Paulo, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-20/julgamento-aplicacao-retroativa-Acordo-nao-persecucao-presencial>. Acesso em: 23 nov. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2019.

VITAL, Danilo. **Gravidade do tráfico basta para negar Acordo de não persecução penal, diz STJ**. Consultor Jurídico. 28 set. 20. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/gravidade-trafico-basta-negar-Acordo-nao-persecucao>. Acesso em: 30 out. 2020.

FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE
CURSO DE DIREITO

JULIA COSTA DE OLIVEIRA

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: requisitos e limites da justiça consensual enquanto modelo em expansão para a resolução de conflitos no âmbito jurídico-criminal.

Porto Alegre
2020

JULIA COSTA DE OLIVEIRA

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: requisitos e limites da justiça consensual enquanto modelo em expansão para a resolução de conflitos no âmbito jurídico-criminal.

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação da acadêmica na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso I no Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre.

Orientadora: Prof^a. Me. Renata Jardim da Cunha Rieger.

Porto Alegre
2020

SUMÁRIO

1	DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO
2	TEMA
3	DELIMITAÇÃO DO TEMA
4	PROBLEMA DE PESQUISA
5	HIPÓTESE
6	OBJETIVOS
	6.1 OBJETIVO GERAL
	6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS
7	JUSTIFICATIVA.....
8	EMBASAMENTO TEÓRICO
9	METODOLOGIA.....
10	CRONOGRAMA.....
11	SUMÁRIO PROVISÓRIO
12	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO

Acadêmica: Julia Costa de Oliveira.

Orientadora: Prof^a. Me. Renata Jardim da Cunha Rieger.

Área do direito: Direito Processual Penal.

Previsão de duração: A produção acadêmica do projeto e da monografia ocorrerá entre agosto de 2020 e junho de 2021.

2 TEMA

O Acordo de Não Persecução Penal.

3 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Identificação da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, analisando-se a natureza da norma, a hipótese de ser direito subjetivo ou poder-dever, bem como demonstração de influências oriundas, tipicamente, do Direito Civil.

4 PROBLEMA DE PESQUISA

Qual a natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal?

5 HIPÓTESE

O Acordo de Não Persecução Penal – inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal - é norma penal mista, mesclando tanto elementos materiais, ao prever o benefício em prol do agente, quanto processuais, ao definir o procedimento a ser seguido no oferecimento do acordo, razão pela qual poderá retroagir em favor do réu. O seu oferecimento constitui hipótese de discricionariedade da acusação, visto que não é imposto ao titular da ação, bem como é influenciado por aspectos contratuais, demonstrando características bilaterais e paritárias ao permitir a

negociação dos termos de propositura e execução de tal acordo, por parte de ambos Ministério Público e Defesa.

6 OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GERAL

Identificar, por meio de análise legal, doutrinária e jurisprudencial, qual a natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, de forma a, por consequência, situá-lo no ordenamento jurídico e haver previsibilidade acerca de seus desdobramentos.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a. Contextualizar, por meio de análise histórica, o Acordo de Não Persecução Penal.
- b. Apresentar as inovações trazidas pela promulgação do Pacote Anticrime que, de alguma forma, guardem relação com o Acordo de Não Persecução Penal.
- c. Classificar elementos englobados pelo instituto, tais como confissão e retroatividade, para além do seu procedimento.
- d. Classificar institutos de natureza contratual, bem como demonstrar a relação entre estes, matéria civil, e o Acordo de Não Persecução Penal, matéria penal, ressaltando a interdisciplinaridade entre ramos do direito.

7 JUSTIFICATIVA

O Acordo de Não Persecução Penal foi recentemente introduzido ao direito positivo brasileiro, especificamente por meio da inclusão do artigo 28-A ao Código de Processo Penal, decorrente da promulgação da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime. Com a entrada em vigor do referido Pacote, diversas alterações foram promovidas, propondo uma nova interpretação da sistemática jurídico-criminal no país, destacável o maior rigor nas punições no momento em que,

por exemplo, majorou de trinta para quarenta anos o prazo máximo de pena privativa de liberdade cabível de prestação, como também a busca de medidas diversas para solucionar carências procedimentais, caso do acordo que ora se busca compreender.

Não mais se é possível aceitar a manutenção de impasses como a superlotação do sistema carcerário e o soterramento do judiciário no *status quo*, de modo que foi exigida do legislador a expansão da mentalidade tradicional que implicava atraso ao devido processo legal, esta que, em regra, julgava, condenava e punia, sem preocupação com a efetividade da medida e a ressocialização do agente ora encarcerado, real objetivo de sua prisão-pena, importando, na prática judicial, em promoção de artifícios voltados para a negociação, evitando-se assim tanto a morosidade quanto a carceragem. Imperioso o estudo do Acordo de Não Persecução Penal enquanto medida negocial, portanto, vez que responsável por trazer inovação a sistema já tão obsoleto, no qual somente por força de institutos voltados para a solução de carências não antes suprimidas, como ocorre com a justiça penal consensual, se pode falar em dinamicidade do direito, necessária para evitar sua decadência futura, assim como garantir um processo criminal preocupado com o tratamento do réu e com a justiça concreta.

Em razão desta contemporaneidade, restam, até o presente momento, algumas lacunas e omissões legais a serem preenchidas de forma a garantir sua correta aplicação, nos padrões em que fora idealizado, as quais vêm sendo supridas, em caráter provisório, por meio de pareceres expressos em obras doutrinárias e precedentes jurisprudenciais, sem oficialidade, haja vista a ausência de concretização por força legal. Desta forma, permitindo-se a possibilidade de entendimentos manifestadamente divergentes, em especial em relação a conceitos tão relevantes como direito subjetivo e poder-dever, põe-se em risco a segurança jurídica de que tanto necessita o país, reconhecido por suas carências judiciárias.

Em atenção a tais brechas, as quais modificam, em sentidos diversos, o âmbito de aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal, seja pela adoção de uma tese ou outra, é imperativo que haja a decretação, por meio do Poder Político competente, do parâmetro a ser seguido definitivamente, não sendo razoável permitir arbitrariedades em sua aplicação de modo a moldar o objetivo do acordo em virtude de cada interesse subjetivo com que este se depare futuramente. Por meio

da utilização de elementos já consolidados em matéria criminal, com maior relevância aqueles que integram a Teoria da Norma e do Delito, possível concluir-se, por razoável, que maior razão assiste àquela teoria de disponibilidade, retroatividade e poder-dever enquanto características do Acordo de Não Persecução Penal.

Instaurada a incerteza, esta deve ser dirimida e mitigada, ao contrário, basear-se-ia o direito em estado de dúvida que não lhe é próprio, bem como contrário ao Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil. A suplementação de lacunas e omissões é meio hábil para tanto buscar o aprimoramento da legislação vigente, em caráter ideológico e culto, como afastar arbitrariedades resultantes de interpretações divergentes, não podendo se permitir condições divergentes em metodologias iguais, com mesmas regras e garantias, quando em tela casos paradigmas.

8 EMBASAMENTO TEÓRICO

1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal foi inserido no ordenamento jurídico com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, a qual acrescentou e modificou diversas disposições de diplomas normativos como o Código de Processo Penal, Código Penal e legislações extravagantes¹²³. Apesar de algumas críticas terem sido feitas ao projeto de lei, entre eles o fato de que trouxe menos inovações úteis do que de fato pretendia, verdade é que, em relação ao referido acordo, ao menos, este pode ser entendido como uma mudança positiva.

Em uma breve análise histórica, depreende-se que a possibilidade de celebrar tal acordo já tinha sido prevista pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 181¹²⁴, em agosto de 2017, a qual, ao longo de vinte e duas páginas, estabelecia ao Ministério Público o direito de pactuar condições com o agente transgressor, em consequência da possibilidade de promover procedimentos

¹²³ Exemplo de algumas destas mudanças são, além da previsão do Acordo de Não Persecução Penal, a majoração da pena máxima passível de cumprimento para 40 anos e a instituição do Juiz de Garantias.

¹²⁴ Disponível online em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>

investigatórios criminais¹²⁵. Posteriormente, o texto foi modificado¹²⁶, limitando a propositura aos delitos com pena mínima inferior a quatro anos e praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa.

A resolução, entretanto, não foi acolhida pelo ordenamento, tampouco recepcionada pelo Poder Judiciário e membros da advocacia, sob o acertado argumento de que esta se maculava com a presença de ilegalidade, vez que impunha obrigações sem força de lei, por meio não hábil e em expressa violação ao comando do artigo 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil¹²⁷. Ainda no âmbito constitucional, o mesmo diploma dispõe que a competência legislativa para estabelecer normas, em matéria material e constitucional penal, é competência exclusiva da União, por meio do Poder Legislativo, fulcro artigo 22, inciso I¹²⁸, outra razão pela qual, na época, não era possível vigorar tal disposição.

Posteriormente, visando ao aprimoramento das normas que constituem o arcabouço jurídico brasileiro, ficou a cargo do Ministério da Justiça e da Segurança Pública reunir, em um único documento denominado de “Pacote”, todas as mudanças legislativas que pretendia ser apresentadas para a aprovação do Congresso Nacional, para sua aprovação em dois turnos, pela maioria simples de seus membros¹²⁹. Aprovado o projeto, este se transformou em lei, conquistando a força vinculativa da mesma, modificando, ao todo, dezenove trechos de quatorze legislações¹³⁰, dentre elas o próprio Código de Processo Penal que passou a prever o acordo ora mencionado.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 593.727. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2015. Disponível online em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 23/11/2020 .

¹²⁶ Alteração disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10890-cnmp-altera-a-resolucao-n-181-e-decide-casos-em-que-o-mp-pode-propor-acordos-de-nao-persecucao-penal>.

¹²⁷ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹²⁸ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

¹²⁹ Conforme artigos 47 e 65 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹³⁰ Dados encontrados no site da *British Broadcasting Corporation* (BBC) disponíveis online em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47125522#:~:text=O%20ministro%20da%20Justi%C3%A7a%20e%20Seguran%C3%A7a%20P%C3%BAblica%2C%20S%C3%A9rgio,a%20crimes%20violentos%20-%20o%20pacote%20ser%C3%A1%20>

O Acordo de Não Persecução Penal encontra-se previsto no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, e sua reprodução, para fins demonstrativos, colaciona-se infra, de forma parcial:

Artigo 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 alternativamente¹³¹: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - 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 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), 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; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Ressalte-se que, apesar de apontamentos neste sentido, o Acordo de Não Persecução, ainda que encontre inspiração no modelo norte americano de ação penal denominado *plea bargain*¹³², advindo do direito comparado regido pelo princípio da *common law*¹³³, não o replica no ordenamento brasileiro, justamente em decorrência de algumas divergências essenciais em relação ao objeto de ambos. Ao passo em que o instituto estrangeiro confere quase irrestrita liberdade de atuação,

¹³¹ Igual redação é encontrada no artigo 1º, § 3º da Lei nº. 8.038/90, permitindo a celebração de Acordo de Não Persecução Penal nos procedimentos penais aplicados no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal

¹³² Trata-se de forma de transação penal direta entre acusação e acusado, com liberdade de termos. Conceitualmente, conforme Gabriel Queirós Campos, no instituto ocorre um acordo em que o réu, visando ao benefício trazido pela acusação, se declara culpado do delito que em tese haveria cometido, assim como ocorre na necessidade de confissão formal e circunstanciada exigida pelo Acordo de Não Persecução Penal, de modo a tornar mais célere a resolução do conflito. QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. p.05. Disponível em : <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 27 Out. 2020.

¹³³ Sistema jurídico em que as decisões judiciais se dão com base em precedentes atinentes a outros casos já julgados. No Brasil, o sistema adotado é o da *civil law*, no qual a legislação é o parâmetro mais relevante para orientar as decisões judiciais.

elaboração de termos, averiguação de cabimento e de oportunidade à acusação, o modelo brasileiro restringe, pelo critério temporal da pena, a ocorrência das celebrações possíveis.

A atuação sem controle, no âmbito do sistema judiciário brasileiro, no qual tantas omissões e excessos são objeto de preocupação, arrisca afastar o poder em promover a conciliação de sua principiologia, qual seja combater a corrupção, no mesmo momento em que pode instaurar situação de insubordinação e abuso de autoridade por parte do órgão responsável por sua elaboração¹³⁴. Caso tal hipótese se configure, há prejuízo ao próprio processo penal, visto que acaba por afastar-se do critério da proporcionalidade apontada por Ingo Wolfgang Starlet como sustento do Estado Democrático de Direito, sem o qual não se pode falar em garantias legais, tampouco segurança jurídica, tornando a iniciativa outra dentre tantas medidas falhas ora idealizadas sob o mesmo pretexto de melhoria:

Com esta breve referência histórica, objetivamos a contextualização do princípio da proporcionalidade, por sua vinculação à proibição, tão cruenta e dolorosa na seara penal. Tal princípio acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da consequente concepção garantista do Direito e, no que interessa ao nosso ponto, do Direito Penal, o que vai aqui tomando como pressuposto de nossa singela investigação. De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico – penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.¹³⁵

Discorrendo em termos técnicos, o referido acordo é hipótese de medida de diversificação com intervenção, que estabelece direitos e obrigações, mas não impõe pena, tampouco se ocupa em discutir elementos subjetivos como dolo ou culpa. É causa legal de extinção da punibilidade e, se adimplidos os termos estabelecidos previamente, não tem o condão de gerar efeitos penais¹³⁶.

O acordo é celebrado entre o titular da ação penal, ou seja, o promotor ou procurador que representa o Ministério Público, e a defesa técnica que representa o

¹³⁴ Já há lei visando coibir a tais atos, qual seja a Lei nº 13.869/19, conhecida como Lei de Abuso de Autoridade.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista da Ajuris . n. 98, jun., 2005, p. 107 – 132.

¹³⁶ Previstos pelos artigos 91 e 92 do Código Penal, a exemplo da reincidência.

réu, seja esta constituída por advogado particular ou Defensoria Pública, e posteriormente homologado em Juízo. A necessidade de assessoramento do réu e controle judicial decorre da necessidade de confirmar a legalidade e a voluntariedade dos termos do acordo, garantindo assim que este se perfectibilize posteriormente¹³⁷.

A Segunda Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal, ao analisar a aplicabilidade prática do instituto, o reduziu a dados¹³⁸, a exemplo da taxa de oferecimento em cada um dos estados brasileiros, sendo mais ofertado no Paraná, com média de duzentos e setenta e um acordos, e menos ofertado no Acre e Alagoas, onde somente foi celebrado um acordo. Quanto ao tipo penal mais abordado, trezentos e vinte dois celebrados em virtude de descaminho ou contrabando, em contraposição com dez acordos em caso de falsificação de documento particular.

Ao todo, até a o mês de setembro do presente ano, foram celebrados, aproximadamente pouco mais cinco mil acordos¹³⁹, ofertados em todos os vinte e sete estados, incluído o Distrito-Federal, mais da metade destes no ano atual, data em que houve maiores orientações acerca de suas normas. Há tendência em, nos próximos, este percentual aumentar de forma favorável ao Acordo de Não Persecução Penal, tornando sua celebração cada vez mais habitual, ampliando, assim, o âmbito de aplicação da justiça consensual¹⁴⁰, sendo que os acordos celebrados a partir da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, realizada dentre os dias 10 a 14 de

¹³⁷ A importância da atuação ativa da defesa pode ser verificada também nos autos do paradigmático Caso *Ruano Torres vs El Salvador*, no qual a atuação precária da Defensoria Pública incorreu no desrespeito de prerrogativas do acusado, a exemplo da ausência do duplo grau de jurisdição e de ampla defesa, tendo sido, posteriormente reconhecidos tais vícios pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No referido julgado, destacou-se a necessidade de organização e incentivo da defesa técnica, tal como a prestação de um serviço eficiente e seguindo o Princípio da Paridade de Armas. SILVA, Franklyn Roger Alves da; ESTEVES, Diogo. **A responsabilidade internacional pelas deficiências da Defensoria**. Consultor Jurídico, São Paulo, 18 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/responsabilidade-internacional-pelas-deficiencias-defensoria>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹³⁸ Disponível online em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf

¹³⁹ **MPF já fechou mais de 5 mil acordos de não persecução penal**. Consultor Jurídico, São Paulo, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-acordos-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 26 set. 2020

¹⁴⁰ Já há previsão de aplicação do acordo em casos de Improbidade Administrativa, conforme previsto pelo artigo 17, § 1º da Lei nº. 8.429/92, ainda que tal ilícito seja de natureza civil, não penal.

agosto de 2020, devem, conforme orientação da mesma em seu Enunciado n° 28¹⁴¹, englobar práticas típicas de justiça reparativa.

1.2 DA JUSTIÇA NEGOCIAL: TENDÊNCIA EM EXPANSÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A justiça consensual sobrepõe-se à justiça conflitual, e foi idealizada como uma política criminal de resposta a sobrecarga de lides que, ora trazidas ao conhecimento do Poder Judiciário, rompendo a inércia deste, encontram-se pendentes de julgamento, observada a característica da população brasileira em manter uma alta porcentagem de judicialização dos conflitos, em desfavor da conciliação dos mesmos. Para a efetivação, no caso concreto, dos preceitos da justiça negocial é necessária a adaptação de todos os Órgãos atrelados ao processo, de modo a romper com ideais já ultrapassados, considerando-se que a lei reflete os costumes da época em que fora redigida. Desta forma, portanto, não se pode permitir que o direito penal e o direito processual penal mantenham-se nos mesmos termos em que positivados décadas anteriores, haja vista o dinamismo ser característica perceptível em todas as gerações, restando óbvio que, por certo, suas posições acerca de variados temas também são mutáveis.

Neste sentido, dispõe Francisco Dirceu Barros:

Os acordos criminais ou a chamada justiça penal negociada implica em uma mudança de mentalidade em todos os operadores do direito (promotores, juízes, defensores públicos e advogados) que, hoje, seguem doutrinas elaboradas no século XVIII, as quais chegaram ao Brasil com o Código Penal e o Código de Processo Penal, ambos na década de 40.

Uma verdade precisa ser estabelecida: todo o ordenamento jurídico mundial criou mecanismos para estimular a justiça criminal consensual, trazendo à tona uma nova política criminal, que visa evitar o uso do processo penal tradicional, optando pela utilização de institutos negociais¹⁴².

Essencial, primordialmente, a mudança da mentalidade excessivamente acusadora¹⁴³, uma vez que não mais se permite que o agente seja intimidado a aceitar condições pré-estabelecidas que em pouco lhe beneficiam e agregam, idealizadas de acordo com o objetivo final do Ministério Público em condenar da

¹⁴¹ O referido enunciado possui a seguinte redação: “Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/2014 do CNMP.”

¹⁴² BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. São Paulo: Jh Mizuno, 2020, p. 09

¹⁴³ GERBER, Daniel. **A largada da negociação penal**. Consultor Jurídico, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-22/daniel-gerber-largada-negociacao-penal>. Acesso em: 26 set. 22

forma mais severa seja possível. Ao contrário, os termos devem ser benéficos e justos para ambas as partes, preservado os direitos subjetivos de que goza o réu, bem como garantindo a sanção do delito cometido, requisito essencial para a reintegração social do ofensor, de modo que, somente assim, se estará atingindo o verdadeiro significado de expressões como consenso e negociação.

Compreende-se, portanto, que se trata a justiça negocial de medida necessária para conservar, não só a atuação do direito penal, neste caso representado pelo processo litigioso, enquanto última *ratio*, um dos mais importantes princípios que disciplina a matéria, como também atua como uma forma menos morosa para a obtenção da tutela ou sanção desejadas, haja vista a maior faculdade em promover composições. Acerca deste tema, relevante reproduzir a crítica do professor alemão Bernd Schünemann:

O ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo (audiência de instrução e julgamento), reconhecendo os princípios da publicidade, oralidade e imediação somente é realizável em uma sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário. Nas sociedades pós-modernas desintegradas, fragmentadas, multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento¹⁴⁴.

Neste sentido, verifica-se que o Poder Judiciário não dispõe de recursos e condições tantas de modo a acolher feitos que de outro modo poderiam, satisfatoriamente, ser resolvidas, não tendo sido idealizado para tal função, vez que sua sobrecarga foi se dando de maneira gradual, ao longo dos anos em que a mentalidade da população modificou-se, em decorrência da proibição à vingança privada. Tendo o Estado avocado o direito de punir determinadas condutas, este que, até sua transição, cabia aos cidadãos, por meio da possibilidade de aplicarem suas próprias sanções quando deparados, em tese, com a prática de um crime, por exemplo, e assim o fez de maneira acertada, por óbvio deveria desempenhar a tarefa na qual substituiu a vontade da vítima de forma satisfatória, o que se obstaculiza com o volume de demandas trazidas ao seu conhecimento, causadas

¹⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global, in Obras. Tomo II, Rubinzal Culzoni: Buenos Aires, 2009, p. 423

pelos próprios ideais populares em apreciar o litígio enquanto única maneira de solucionar seus conflitos pessoais.

Não obstante se tratar de tendência ainda em expansão no ordenamento brasileiro, a negociação de termos e condições já era antes prevista, em matéria penal, não se tratando, neste sentido, de inovação tão relevante como ocorre em outras searas. É possível constatar tal previsão anterior com a análise de institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambas previstas pela Lei n. 9.099/95, denominada Lei dos Juizados Especiais, em seus artigos 76 e 89, respectivamente, bem como a colaboração premiada.

Em síntese, a transação é medida pré-processual, aplicável somente aos delitos de menor potencial ofensivo, competência dos Juizados Especiais Criminais, cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, ou às contravenções penais. Deve ser caso, conforme dita a referida lei, de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação¹⁴⁵, ao passo que não se pode aplicar em qualquer das hipóteses de arquivamento dos autos, agindo o titular da ação no sentido de aplicar, de imediato, a pena restritiva de direitos ou de multa.

Já a suspensão condicional, apesar de também se tratar de medida pré-processual, aplica-se aos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano, devendo o Ministério Público ofertar a suspensão do processo por dois a quatro anos, a qual depende da concordância do réu para ser aplicável ao caso concreto. Perpassado o prazo e cumpridas às condições exigidas, o feito é extinto, não subsistindo reincidência ou antecedentes criminais; ao contrário, se desrespeitados os termos, o processo retoma seu curso do momento em que fora suspenso.

A colaboração premiada, por fim, encontra-se prevista em diversos procedimentos, a exemplo daqueles disciplinados pelas Leis nº 12.850/2013, Lei das Organizações Criminosas, nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos e Equiparados, e

¹⁴⁵ Conforme demonstrado infra, há possibilidade de promoção de acordos entre acusação e defesa nos casos de delitos de menor potencial ofensivo, comparável ao Acordo de Não Persecução Penal a transação penal, vez que similares os objetivos, ainda não havendo, porém, qualquer afirmação no sentido de permitir a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal em caso de ações de iniciativa própria do ofendido. É possível, defender o argumento de sua admissibilidade nos casos de ação penal privada, em analogia ao caso dos delitos de menor potencial ofensivo, como forma de não causar malefício ao réu, mantendo-se o Ministério Público enquanto ente responsável para a elaboração dos termos do consenso, uma vez que ainda ressalvada prerrogativa sua de atuar enquanto fiscal da lei, conforme posicionamento de Gustavo Lara Braz de Lima, no artigo “Acordo de Não Persecução Penal em Ação Penal Privada”, disponível online em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-de-nao-persecucao-penal-em-acao-penal-privada/>. Acesso em 20/10/2020.

nº 9.613/98, Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens, dentre outros. Neste benefício, um réu, denominado delator, de forma voluntária e em busca da redução de sua pena ou de perdão judicial, informa a prática de outros crimes, por outros agentes, a respeito dos quais não tenham as autoridades conhecimento, ou a acusação satisfatório material probatório, ou ainda presta informações pertinentes a outros processos.

Parece haver, com a ampliação do espectro negocial no processo penal, bem como com a possibilidade de acordo entre os polos, em momento prévio à denúncia, a ampliação de precedentes a justificarem, nos próximos anos, a relativização da obrigatoriedade da ação, por parte do Ministério Público, justamente pela forte carga consensual visada como o futuro do Poder Judiciário, de forma a torná-lo mais céleres nos casos em que, de fato, deve interferir¹⁴⁶. A imperatividade em oferecer, em todos os casos, denúncia, configura-se como “O grande obstáculo que se levantado contra a possibilidade de celebração de acordos penais (...) não há dúvidas, sempre foi o denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal”¹⁴⁷.

Não significa afirmar, entretanto, que este princípio irá extinguir-se, visto que por anos positivado no texto processual, especificamente artigos 24 e 42 do Código de Processo Penal, mas sim dizer que este, como ocorre com todos os outros princípios, não é absoluto, hipótese que já se poderia deduzir pela análise de institutos negociais anteriormente referidos, somente indo ao encontro destes. Sem dúvidas, é maior o interesse social na célere resolução da lide trazida pela composição, do que na morosidade trazida por todo o procedimento processual, até o trânsito em julgado da ação perante o Juízo competente.

Não basta, entretanto, substituir uma forma de resolução de litígios por outra que, apesar de aparentar ser mais benéfica, sob o enfoque prático não o é, ao passo em que se constata que a celeridade do procedimento acaba por importar em vícios graves ao processo penal, exemplo de violação a direitos fundamentais ou desrespeito de prerrogativas, que, no procedimento ordinário, provavelmente,

¹⁴⁶ Não é demais referir no que consiste tal princípio, segundo as lições de Guilherme de Souza Nucci, segundo as quais a indisponibilidade se entende como a “obrigatoriedade do ajuizamento da ação penal, que vige no processo penal, para os crimes de ação pública incondicionada, não pode o representante do Ministério Público, uma vez interposto o recurso, dele desistir. Logicamente, não é obrigatório o oferecimento do recurso, mas, feita a opção, desistência não haverá.”, fulcro obra NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 19 ed. Rio de Janeiro Forense: 2020. p. 1.010

¹⁴⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 15.

ocorrerem em menor escala, em virtude da cognição exauriente que lhe é típica. Isto significa dizer que a justiça consensual deve ser aplicada em substituição à justiça conflitual tão somente naqueles casos em que o trâmite da outra não se verifique mais benéfico, garantindo assim que o Acordo de Não Persecução Penal somente seja oferecido naqueles casos em que se tratar de medida suscitada após exame valorativo, de modo a garantir sua idoneidade.

Rodolfo de Camargo Mancuso discorre sobre tal prejuízo da autocomposição, apontando que não basta que esta seja realizada de forma automática, em razão do simples fato de ser cabível ao caso concreto, mas sim devendo garantir que seu rito acelerado assegure as mesmas seguranças aplicáveis ao litígio¹⁴⁸, a exemplo do Princípio do Devido Processo Legal¹⁴⁹. Tal forma de resolução de conflitos deriva da necessidade de conclusão do numeroso volume de lides pendentes de resolução, que acabam por violar o Princípio da Duração Razoável do Processo, em virtude do qual não mais se trata a judicialização do meio mais adequado para ver dirimido o imbróglio, podendo ser entendida a positivação do Acordo de Não Persecução Penal como uma resposta, ainda que não de forma total, a deficiência de divulgação e opção de outros meios compositivos apontada pelo autor.

1.2 DO PROCEDIMENTO DE PROPOSITURA DO ACORDO

Uma vez praticado o delito e adimplidas as condições que possibilitam a propositura do acordo, o titular da ação penal pública deverá obedecer a algumas etapas, de modo a garantir a higidez do trâmite exigido em lei. O procedimento restará cumprido somente se, de forma conjunta, for o acordo submetido em atenção aos estágios apontados pela doutrina¹⁵⁰, na ordem em que se expõe infra.

Inicialmente, tem-se que o Acordo de Não Persecução Penal visa a evitar o oferecimento da denúncia, peça inicial da ação penal, oferecida pelo Ministério

¹⁴⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019. p. 187-204; 296-318.

¹⁴⁹ O referido princípio é garantido pelo artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, sob o seguinte comando: “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁵⁰ Todo o procedimento é extraído da obra de Aury Lopes Júnior: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 219-226 e 230

Público, deste modo é o titular desta que tem titularidade e competência para sua elaboração, devendo garantir que os termos que estipula estejam em conformidade com a legislação vigente, bem como com o critério subjetivo da razoabilidade, haja vista o sistema acusatório, não inquisitivo, do país. Não se pretende neste preservar o sentimento de punitivismo exacerbado que por muito se verifica ocorrer em relação a grande parte dos réus ou investigados, mas sim garantir, como qualquer outro sujeito de direito, a preservação de suas garantias fundamentais, razão pela qual repudiam-se preceitos advindos do direito penal do inimigo, terceira velocidade do direito penal, no qual um sujeito que, segundo Gunther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, não é capaz de garantir seu comportamento probó, ao olhar do Estado, é considerado como inimigo deste, sem que lhe seja permitida qualquer garantia processual, porquanto sequer é entendido como sujeito de direito¹⁵¹.

Como uma forma de manutenção de tais direitos fundamentais ao longo do decorrer, foram instituídas algumas medidas como a possibilidade de negociação dos termos, por parte da defesa, conjuntamente ao Ministério Público, bem como a possibilidade de recusa à celebração por parte do mesmo. Entende-se que os fatos ora confessados - requisito legal imprescindível elencado no rol do artigo 28-A -, não podem constituir prova contra o réu, bem como viola o artigo 8º, §2º, g do Pacto de São José da Costa Rica¹⁵², visto que, ao passo em que a denúncia é vinculativa caso não haja Acordo de Não Persecução Penal válido, ninguém é obrigado, conforme princípio *nemo tenetur se detegere*, a produzir prova contra si mesmo, inclusive o referido pacto garantido o direito à presunção de inocência¹⁵³, especialmente em momento em que não pretendia fazê-lo, considerando que a confissão se deu visando a meio outro, qual seja a não privação de liberdade, e

¹⁵¹ JAKOBS, Gunther e MELIÁ, Manuel Cancio, **Derecho Penal del Enemigo**, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 55

¹⁵² O referido artigo apresenta a seguinte redação: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:" [...] g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada." Idêntico direito é garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIII, bem como salvaguardado pela jurisprudência da mais alta Corte Julgadora brasileira, conforme se denota do inteiro teor dos julgamentos do Recurso Extraordinário nº 971959, julgado em 14/11/2018 e da Reclamação Constitucional nº 33711, julgada em 11/06/2019.

¹⁵³ Violação defendida por Pedro Monteiro no seguinte artigo: MONTEIRO, Pedro. **A confissão no acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, 14 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-14/pedro-monteiro-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 24 set. 2020

permitir que ela incidisse em efeito contrário ao aceite pelo réu, em surpresa deste, violaria, veementemente, a legalidade exigida.

Problemática seria a confissão se esta se prestasse para, ainda que não por fonte única, constituir material probatório em favor da acusação, uma vez que sequer instaurado qualquer processo judicial, fato que favoreceria tão somente o Ministério Público em flagrante detrimento do réu, afastando o Princípio da Paridade de Armas. Criar-se-ia, assim, maior situação de desigualdade entre os polos, visto que, ao passo em que o titular da ação reúne, além de sua força investigativa, um dos fatores que mais pesam em desfavor do réu, sua confissão, restando o agente vulnerável e carente da maior parte de suas teses defensivas, como poderia ser o caso da negativa de autoria. A ampla defesa e o contraditório são inafastáveis em todo e qualquer estado de direito que vise ao mínimo de segurança jurídica, por meio, neste caso, do devido processo legal, de modo que, no âmbito do Acordo de Não Persecução Penal, tais elementos sequer foram ofertados, pelo fato de se tratar de medida pré-processual, e, assim sendo, aceitar que a migração da confissão em momento em que carentes direitos fundamentais para eventual processo judicial em que estes devem ser observados, obrigatoriamente, ocorrendo a supressão de tais princípios, não somente é inadmissível, como também violaria a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso LV¹⁵⁴.

A confissão, portanto, somente importa para os requisitos do acordo, sendo medida que somente dispõe do condão de constituir condição para o oferecimento, sem haver a possibilidade de, no futuro, em caso de descumprimento do acordo ou de revogação do mesmo, ser utilizada em desfavor do réu, seja como fonte de prova, seja como elemento de sua condenação. Seu caráter é, portanto, puramente formal¹⁵⁵, visto que somente apura a ocorrência de um crime e condiciona tal indício de autoria e materialidade ao oferecimento pelo Ministério Público, sendo imperativo para tal, conforme orientação do Enunciado nº 03 da I Jornada de Direito Penal e

¹⁵⁴ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - 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”

¹⁵⁵ O utilização do termo “formal” é derivada do seguinte artigo: SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. **Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal**. Revista do Instituto de Ciências Penais, vol. 5, 05 mai. 2020, p. 213-231

Processo Penal do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁶, sem importar em qualquer outro efeito que não meramente elucidativo.

Exemplo de outra medida conforme a citada supra, há a figura do Juiz de Garantias, responsável pelo, nas palavras de Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa “(...) controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (reserva de Jurisdição)(...)”¹⁵⁷. Em seara do Acordo de Não Persecução Penal, incumbe a este Magistrado a averiguação, em audiência¹⁵⁸, de condições de legalidade dos termos e voluntariedade de ambas as partes quando da celebração do mesmo¹⁵⁹, vez que a jurisdição é tanto improrrogável quanto indelegável,

¹⁵⁶ O referido enunciado possui a seguinte redação: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinio delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal.” Cumpre ressaltar que a referida jornada, realizada entre 10 e 14 de agosto de 2020, serve como orientação acerca da matéria de que trata, carecendo de força vinculativa por não se tratar de ato legislativo.

¹⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal**. Consultor Jurídico, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 29 ago. 2020.

¹⁵⁸ Para além da audiência própria do instituto, recentemente, o Ato Normativo nº 9.672 do Conselho Nacional de Justiça passou a permitir a propositura do Acordo de Não Persecução Penal durante a audiência de custódia. Neste momento da pesquisa, parece não ser o ato normativo a forma adequada para dispor acerca do Acordo. Parece, também, não ser a audiência de custódia o momento adequado. Sobre o Ato Normativo, tem-se que este versava, principalmente, acerca da possibilidade de realização de audiências de custódia, por meio de videoconferência, o que antes não era permitido, em razão da pandemia que assola, atualmente, o país. Desborda de tal tema a possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Penal nesta fase judicial, vez que, se prestando para conferir a legalidade da prisão, a possibilidade de concessão de liberdade enquanto não julgado o feito e as condições físicas e psicológicas do agente, não há como se adimplir com o procedimento imposto por força do artigo 28-A do Código de Processo Penal, ressaltando-se que, para além de examinar a culpabilidade e valorar provas somente obtidas por meio do Inquérito Policial, o que se sabe não poder ocorrer, emitir-se-ia juízo valorativo apto a causar pioria nas condições do indiciado tão somente em razão de eventual confissão, assim como inviabilizaria seu Contraditório e Ampla Defesa, não se tratando a audiência em questão meio hábil para produzir dilação probatória típica da fase instrutória, tampouco viabilizar a totalidade de manifestações a ela inerentes. FERNANDES, Myrella Antunes. **Os riscos do acordo de não persecução penal nas audiências de custódia**. Consultor Jurídico, São Paulo, 29 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-29/myrella-fernandes-riscos-anpp-audiencias-custodia>. Acesso em: 30 nov. 2020. AZEVEDO, Nathalia Parente de; FONSECA, Tiago Abud da. **O ANPP na audiência de custódia e o teatro dos horrores**. Consultor Jurídico, São Paulo, 03 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/opinio-anpp-audiencia-custodia-teatro-horroros>. Acesso em: 05 dez. 2020.

¹⁵⁹ A figura do Juiz de Garantias encontra-se suspensa, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal proferida quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298. A motivação para tal suspensão encontra respaldo no fato de que deve ser concedido prazo para que todos os Tribunais do país organizem-se, de maneira a garantir a aplicabilidade do instituto, tratando-se este de relevante reforma na organização judicial. VALENTE, Fernanda. **Juiz das garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux**. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-atereferendo-plenario>. Acesso em: 30 nov. 2020.

podendo homologá-lo, se ausentes quaisquer vícios, remetê-lo ao Ministério Público para reforma de termos específicos, elaboração de novo acordo ou desistência e oferecimento da denúncia, ou ainda, em negativa do Órgão em atender ao segundo comando, negar a homologação, surgindo o direito, caso a acusação permaneça inerte, da interposição, por parte da vítima, de ação privada subsidiária da pública, garantida pelo artigo 29 do Código de Processo Penal, não tendo sido proferida qualquer manifestação do Órgão, ainda que para desclassificar o crime ou requerer diligências, por exemplo.

Ainda que existam críticas acerca da necessidade de averiguação dos termos pelo Juízo responsável por fugir a lógica de justiça consensual¹⁶⁰, atualmente é indispensável que haja um Órgão visando somente ao controle de legalidade no Brasil. Isto se dá, pois, ainda que haja razão em informar que a justiça negocial deve ser exercida por autoridade outra que um Magistrado, ainda se mantém o desrespeito a prerrogativas fundamentais dos réus e, assim sendo, é essencial que outro Órgão, em tese imparcial, que não o responsável pela acusação, ateste que o acordo não causará qualquer prejuízo ao agente, de forma a minorar por cada vez mais os índices negativos que atualmente estão atrelados ao Processo Penal.

Caso celebrado o acordo, de forma legal e hígida, o Ministério Público deve decidir por uma das medidas, ou mais, dentre as elencadas nos incisos I a V do artigo 28-A, a serem cumpridas pelo agente, dentre as quais a reparação do dano causado; a renúncia a bens e direitos; a prestação de serviços comunitários; a pena pecuniária ou outra medida estipulada pelo Ministério Público, desde que esta seja meio suficiente e razoável para sancionar o delito, bem como promover a execução destas. Se cumpridos os termos de forma correta e integral, torna-se o acordo causa extintiva de punibilidade, declarada em Juízo, extinguindo-se os efeitos penais decorrentes de eventual condenação, sendo vedado ao mesmo agente que se beneficie do mesmo instituto por cinco anos após sua extinção¹⁶¹.

¹⁶⁰ Opinião trazida por Leonardo Marques no seguinte artigo: MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Acordo de Não Persecução Penal: Um novo começo de era (?)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicos/51/442>. Acesso em: 27 set. 2020

¹⁶¹ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 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: [...] § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] III - ter sido o agente

Ao contrário, se descumpridos os termos, deve o Ministério Público informar ao Juízo das Garantias os fatos, ocasião em que este designará data para audiência visando à oitiva do beneficiário acerca das razões e circunstâncias pelas quais não fora cumprido o pactuado, bem como averiguará, em atenção ao desenvolvimento já empenhado, se há condições de considerar substancialmente acatado o acordo, importando nas mesmas consequências de sua celebração idônea. Não socorrendo melhor sorte ao agente, o Ministério Público promoverá a rescisão do acordo, bem como dará início a sua persecução penal e ao oferecimento da denúncia, seguindo-se o trâmite estipulado pelos artigos 24 e seguintes do Código de Processo Penal, oferecendo a denúncia perante o Juízo comum, bem como possibilitando o contraditório e a ampla defesa, típicos do processo judicial, para que a matéria seja decidida ao fim do trânsito em julgado da sentença, seja ela condenatória ou não.

1.2.1 DOS REQUISITOS E IMPEDITIVOS

Em relação aos requisitos para a celebração do acordo, o *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal elenca quatro hipóteses, mesclando caráter objetivo e subjetivo dentre as mesmas. As de natureza objetiva, ou seja, que se relacionam com o delito, são a ausência de violência ou grave ameaça e pena mínima inferior a quatro anos. As de natureza subjetiva, por sua vez, são aquelas que se relacionam com o agente, exigindo-se o réu confesso - confissão esta que deve ser formal e circunstanciada -, e que a medida seja necessária e suficiente para sancionar sua ação e prevenir novos delitos de mesma natureza.

Cabíveis alguns apontamentos, de modo a aprofundar a lacuna legal não preenchida pelo código, uma vez que a primeira crítica dá-se em relação à confissão, que por si só, no direito penal, não importa em condenação¹⁶², demandando a apuração do crime e a obtenção de elementos comprobatórios de imputabilidade e de materialidade, mas que, em caso de descumprimento do acordo,

beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo”.

¹⁶² Adverte Aury Lopes Júnior que a confissão é meio de prova comum e subjetivo, de modo que, ao contrário do que outrora vigorou, não prepondera sobre outros meios probatórios, tampouco é meio hábil para garantir, de forma plena, a culpabilidade do sujeito, conforme lição de sua obra LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 500. Não é demais referir a previsão do artigo 197 do Código de Processo Penal: “Artigo 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

nada menciona a lei em impossibilidade de prova em desfavor do réu. Trata-se de fato latente que, não sendo necessária a produção de auto prova, a confissão lhe causaria prejuízo futuro, assim como, comprovada a verossimilhança das narrações, se tratando de circunstanciada, portanto averiguada, macularia a convicção da acusação e do Juízo, podendo ocorrer ilegalidades na já delicada cadeia de provas brasileira de modo que ações obscuras poderiam justificar condenação injusta e sem verdadeira motivação, tornando-se assim elemento hábil a ensejar, de forma exclusiva, condenação do réu.

Outra crítica que se pode fazer é em relação ao demasiado caráter subjetivo conferido ao Ministério Público ao permitir que este somente proponha o Acordo de Não Persecução Penal em se tratando o mesmo de meio necessário e suficiente para reparar o injusto. *A priori*, não se há qualquer segurança jurídica, tão prestigiada pela Constituição da República Federativa do Brasil, visto que critérios vagos como necessidade e suficiência mudam seu significado conforme cada promotor, justamente pelo fato de que indivíduos com experiências e cotidianos divergentes, por óbvio, têm posicionamentos diferentes, permitindo que a razão pela qual um deles nega o acordo não seja considerada como impeditiva pelo outro e vice-versa. Levando em conta o papel institucional do Ministério Público em promover a persecução penal, - figurando como adversário direito do réu -, perigo é que se permita que o mesmo goze de tamanha liberdade de modo que, em alguns casos, se afaste do réu situação que lhe beneficia por, em verdade, questões supérfluas como a antipatia que se tem por sua pessoa e, ainda que se possa reverter a negativa, não há garantia no tratamento justo, tampouco não se poderia esperar não haver, já contando em prejuízo do réu, a mentalidade punitiva que representa o próprio Ministério Público.

Em virtude da natureza de benefício ao réu de que goza o Acordo de Não Persecução Penal, assim como ocorre em institutos semelhantes, a exemplo da Transação Penal que guarda alguns pontos quase idênticos com este, sua aplicação não pode ocorrer de forma irrestrita, mas sim privilegiar alguns delitos considerados de menor gravidade, bem como se atentando a condições pessoais do agente. São quatro os impeditivos arrolados no parágrafo segundo do artigo 28-A do Código de Processo Penal, não se tratando tal lista de exemplificativa, mas sim exaustiva com possibilidade de ampliação, seja por meio de alteração no diploma ou de edição de

legislação extravagante, de modo a garantir sua aplicabilidade idônea, coibindo recusas manipuladas por mero posicionamento ideológico e subjetivo.

A primeira vedação é a de impossibilidade de celebração em se tratando de caso cabível de Transação Penal ou arquivamento do inquérito, vez se tratarem de medidas mais benéficas ao réu. No primeiro caso, a hipótese delitiva é mais branda, visto que só se aplica aos delitos de menor potencial ofensivo cuja pena máxima abstrata não perpassa dois anos, ou contravenção penal, as possibilidades de penas são menores, englobando somente pena restritiva de direito ou de multa, bem como impõe menos condições para seu oferecimento, somente, além do tempo da pena, a situação de réu primário e bons antecedentes. Já no arquivamento, ainda que se trate de medida reversível em razão da não ocorrência do trânsito em julgado nem do aprofundamento da cognição, se configurando esta como sumária pois o Juízo somente manifesta-se no sentido de determinar ou não o arquivamento e suas motivações, sequer instaura qualquer procedimento judicial, justamente por não conseguir o representante do Ministério Público comprovar existentes os elementos da ação que darão base a sua denúncia, quais sejam a probabilidade delitiva e a culpabilidade.

Dois outros requisitos são semelhantes, quais sejam a impossibilidade de propositura do acordo em caso de reincidência, conduta criminal habitual, profissional ou reiterada, ou em caso de ter sido o agente beneficiado, em menos de cinco anos, por outro benefício, dentre eles o próprio Acordo de Não Persecução Penal, Transação Penal ou Suspensão Condicional do Processo. Tal impossibilidade demonstra a intenção do legislador em beneficiar somente aqueles que não tenham condutas criminosas como padrão recorrente em suas vidas, de modo que seria possível imputar-lhes condições menos rigorosas, antes ao fato de que um deslize pessoal possa ter ocorrido, sem demandar a aplicação de toda a força penal no caso de condutas menos reprováveis.

O Código Processual Penal vedou os duplos benefícios ao não permitir a cumulação de negociações com o Ministério Público, caso das três hipóteses, em período inferior a cinco anos. Reiterada a preferência por agentes que tenham meramente cometido um injusto menos grave e de forma pontual, demonstra-se o caráter excepcional da medida.

Por fim, não é cabível o acordo em caso de crime cometido em situação de violência doméstica e familiar, sob a égide da Lei Maria da Penha, ou contra mulheres, em razão do gênero, por certo, tal vedação constitui uma medida de política criminal que deriva de uma necessidade de resposta cobrada do ordenamento brasileiro aos assustadores dados estatísticos do país, dos quais se subtrai que o Brasil é um dos países em que mais mulheres são vítimas de crimes contra sua vida, diariamente¹⁶³, o que acontece por questões sociais como a desigualdade entre gêneros. O Superior Tribunal Militar também já declarou incompatível, e portanto inaplicável, o oferecimento do referido acordo em caso de crimes praticados no âmbito militar, abrangidos pela redação do Código Militar¹⁶⁴.

Em suma, o objetivo do Acordo de Não Persecução Penal pode ser definido do seguinte modo:

Desse modo, percebe-se que o instrumento em estudo não cuida de benefício sem consequências para o infrator. Trata-se de acordo com estipulação de deveres rígidos à parte autora do crime. Se por um lado ela se vê livre de uma pena privativa de liberdade, por outro é obrigada a cumprir uma série de exigências postas pelo ordenamento jurídico como forma de demonstrar sua capacidade de se reintegrar à sociedade¹⁶⁵.

Desta forma, compreende-se que o acordo, ainda que não se ocupe em atribuir pena, em qualquer de suas modalidades, ao agente que comete ao ilícito,

¹⁶³ Dado extraído de <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>

¹⁶⁴ Decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* n° 7000374-06.2020.7.00.0000, Relator. Ministro. José Coelho Ferreira, Plenário. Julgado em. 26.08.2020. Em suma, a possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Penal foi afastada em razão do regime que é próprio aos crimes militares ser veementemente adverso ao regime criminal comum, conforme se extrai da ementa do julgamento: Ementa: “Habeas Corpus. Crime capitulado no art. 290 do CPM. Preliminar de não conhecimento. PGJM. Rejeição. Unanimidade. Mérito. art. 28-a do CPP. Instituto da não persecução penal. Negativa de aplicação. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Inaplicabilidade. Denegação da ordem de Habeas Corpus. Unanimidade. I - Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do Habeas Corpus, suscitada pela PGJM, considerando que a questão relativa à transação penal comporta arguição por meio do mencionado remédio constitucional. Decisão unânime. II - O instituto do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, não se aplica aos crimes militares previstos na legislação penal militar, tendo em vista sua evidente incompatibilidade com a Lei Adjetiva castrense, opção que foi adotada pelo legislador ordinário, ao editar a Lei n° 13.964, de 2019, e propor a sua incidência tão somente em relação ao Código de Processo Penal comum. III - Inexiste violação dos preceitos constitucionais, insculpidos no art. 5º, caput, e incisos LIV e LXVIII, da Constituição Federal de 1988, e art. 467, "b" e "c", do CPPM, uma vez que a negativa dos Órgãos judicantes da JMU, afastando a incidência do acordo de não persecução penal em relação aos delitos previstos na legislação penal militar, por óbvio, não pode ser considerada violação de formalidade legal e tampouco se configura constrangimento ilegal em relação ao acusado. IV - Ordem de Habeas Corpus denegada. Decisão unânime.”

¹⁶⁵ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 63.

ainda sim considera-se forma de repreender sua conduta, por meio da necessidade posterior a sua celebração de cumprir com as exigências formuladas pelo Ministério Público e confirmadas pelo Poder Judiciário, por meio do Juiz de Garantias. Considerando-se a pena do delito, em abstrato, demonstra-se ser uma medida razoável para o tipo de conduta praticada, que, em atenção ao critério temporal de mínimo de quatro anos, é de menor gravidade e menos reprovável que outras condutas positivadas, balanceando a desnecessidade de processo judicial e cumprimento de pena com a necessidade de adimplemento de condições para a extinção da punibilidade.

2. DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA

Em se tratando de instituo novo no ordenamento brasileiro, complementado pelas lacunas legais de que já carece, e dos diversos argumentos em sentidos divergentes acerca do tema, é natural que haja posicionamentos divergentes na doutrina. A presente pesquisa propõe-se a identificar os principais pontos de conflito, bem como exprimir uma concepção em relação a estes, na expectativa de, na medida do possível, tornar mais clara a compreensão do contemporâneo Acordo de Não Persecução Penal. Inexistindo, até o presente momento, orientações judiciais satisfatórias acerca de tais pontos, destacar-se-ão, especialmente, as correntes doutrinárias, maior fonte quando da elaboração dos apontamentos.

2.1 DA NATUREZA MISTA DA NORMA: MESCLA DE ELEMENTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS PENAIIS

Segundo Aury Lopes Junior, as normas dividem-se em leis penais puras, leis processuais penais puras e leis mistas, cada uma verificável em diferentes disposições do ordenamento criminal. Em relação à primeira, as leis com elementos materiais são aquelas que limitam o *jus puniendi* estatal, discorrendo sobre os direitos, em espécie, a exemplo de tipicidade formal e critério temporal das penas, sempre valendo-se de retroatividade benéfica. As leis com elementos processuais, ao contrário, são aquelas que disciplinam institutos e fases processuais, discorrendo sobre questões técnicas como perícia e formas de realização de ritos, por regra

valendo-se do Princípio da Imediatidade, no qual a norma não retroage, sendo aplicável somente em momento posterior ao *vacatio legis*¹⁶⁶.

Normas de caráter misto são consideradas aquelas que, em seu texto, reúnem elementos típicos de matérias atinentes ao direito material, a exemplo, no âmbito do direito penal, daquelas que garantem direitos subjetivos ao réu, como faz o artigo 38 do Código Penal¹⁶⁷, concomitantemente guardando relação com matérias típicas de direito processual, a exemplo de criação de procedimentos, como faz o artigo 201 do Código de Processo Penal¹⁶⁸. Constatada a mescla entre ambos os institutos, resultam em uma nova espécie de caracterização, qual seja a natureza híbrida denominada norma penal mista, a qual goza de particularidades advindas da fusão entre aquelas, em especial quanto a sua aplicação no tempo.

O Acordo de Não Persecução Penal constitui exemplo de norma penal mista porquanto prevê o direito do réu que reúne as exigências legais e não se enquadra em quaisquer dos impedimentos em ser beneficiado pelo mesmo, ao mesmo tempo em que define o modo em que o promotor responsável pela ação penal o oferecerá, o procedimento para que seja constatada sua validade e o Juízo competente para a dissolução de eventuais imbróglios e confirmação de legalidade. Ainda que verificável sua natureza híbrida, nada menciona a lei a respeito de sua retroatividade, instaurando dúvidas quando de sua aplicação ao caso concreto, o que, não obstante podendo haver argumentos em contrário, a constatação que parece a mais adequada neste momento inicial da pesquisa e que parece estar em conformidade com comandos legais estabelecidos previamente, dar-se-ia no sentido de sua possibilidade.

Para Fernando Capez a norma não pode retroagir somente em partes, devendo todo o seu conteúdo portar-se de mesma forma, de modo a evitar quaisquer confusões em sua aplicação e, posteriormente, importando em prejuízo ao réu. Respeitada a sistemática de proteção conferida aos direitos humanos e fundamentais, bem como ao devido processo legal, a norma irá sempre retroagir

¹⁶⁶ A conceituação da natureza das normas penais, bem como os exemplos indicados, são provenientes da obra de Aury Lopes Junior. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 125 e 126.

¹⁶⁷ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

¹⁶⁸ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”

quando assim o dever fazer para beneficiar o réu, em contrariedade à regra geral que determina que os efeitos da lei sejam *ex nunc*, isto é, somente impositivos após a publicação da mesma, jamais sendo permitida a manipulação de seus efeitos em qualquer caso que cause malefício ao agente¹⁶⁹, fulcro artigo 5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷⁰.

Sendo assim, a norma mista deve reproduzir a possibilidade de retroação de efeitos assim como nas normas tipicamente penais, vez que, por se tratarem de orientações quanto a direitos subjetivos e controle da pretensão punitiva do Estado, conforme exposto pelo Enunciado nº 01 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho de Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça¹⁷¹, via de consequência não prevêem nenhuma piora nas condições do agente, ao contrário, importam-lhe em benefício. Se tratando o Acordo de Não Persecução Penal de norma mista, é imperativo que esta retroaja, tendo o condão de melhorar a situação do agente, em tese, responsável pelo delito, pelo fato de que torna prescindível o procedimento judicial em sua totalidade, ressalvadas as audiências atinentes aos termos e cumprimento do próprio acordo, bem como dispensa a persecução do Ministério Público, ambas morosas e desgastantes para ambas as partes.

O Ministério Público, por meio de diferentes frentes de representação, emitiu orientações favoráveis a aplicação retroativa do ANPP, como por meio de seu Enunciado nº 98¹⁷², permitindo seu oferecimento aos casos já em curso no momento de promulgação do Pacote Anticrime, Lei nº. 13964/2019, com base em

¹⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

¹⁷⁰ O referido artigo possui a seguinte redação: “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

¹⁷¹ O referido enunciado possui a seguinte redação: “A norma puramente processual tem eficácia a partir da data de sua vigência, conservando-se os efeitos dos atos já praticados. Entende-se por norma puramente processual aquela que regulamente procedimento sem interferir na pretensão punitiva do Estado. A norma procedimental que modifica a pretensão punitiva do Estado deve ser considerada norma de direito material, que pode retroagir se for mais benéfica ao acusado.”

¹⁷² O referido enunciado possui a seguinte redação: “É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão”.

precedentes¹⁷³ analisados pela Segunda Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Tais iniciativas demonstram o compromisso do Órgão com sua atribuição constitucional de instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Escolhendo-se dar razão a possibilidade de retroação, surge novo dilema ao necessitar delimitar-se até qual momento poderia o acordo ser proposto para o agente, tema que divide, por muito, a doutrina especializada na matéria e, até mesmo, a incipiente jurisprudência formando-se diversas correntes que defendem sua propositura em tantos momentos quanto cabíveis. As correntes majoritárias defendem, entretanto, em suma dois momentos mais relevantes, quais sejam o oferecimento da denúncia e o trânsito em julgado.

Em primeiro exame, considerando-se que o acordo foi idealizado de forma a evitar o oferecimento da denúncia e o decorrer da ação penal, somente poderia ser celebrado em momento pré-processual, extinguindo-se sua possibilidade com o manejo da peça inicial acusatória, visto que, com o rompimento da inércia do Poder Judiciário, haveria a perda de seu objetivo de tornar o procedimento mais célere¹⁷⁴. Há, entretanto, tendência na doutrina e em precedentes até o momento editados em reconhecer possível a propositura do acordo em qualquer momento que entender o promotor cabível, desde que respeitada a coisa julgada, em se tratando de caso de trânsito em julgado¹⁷⁵.

¹⁷³ Formado pelos seguintes processos: 2015.51.01.509192-3, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, Processo: 1.29.000.001782/2020-82, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, Processo: 5011021-84.2020.4.04.7000, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, Processo: 5007299-39.2020.4.04.7001, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, Processo: 5069978-06.2019.4.04.7100, Sessão de Revisão nº 769, de 11/05/2020.

¹⁷⁴ Neste sentido, cita-se entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.664.039, registrado sobre a seguinte ementa: "Penal e processo penal. Agravo regimental na petição. 1. Acordo de não persecução penal. Pedido de aplicação retroativa. Não cabimento. Instituto pré-processual. Direcionado ao investigado. 2. Isolamento dos atos processuais. Retroatividade limitada. Processos sem denúncia recebida. 3. Instituto que visa obstar a persecução penal. Persecução já ocorrida. Condenação confirmada. Aplicação descabida. 4. Projeto de lei que previa instituto para a fase processual. Não aprovação pelo congresso nacional. Especificidade de cada instituto a depender do momento processual. Interpretação teleológica e sistemática. Coerência e alcance da norma. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.664.039-PR (0020575-92.2016.8.16.0019). Agravante: Adjair Fernando Buturi e outros. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 20 de outubro de 2020." Disponível online em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116573283&num_registro=202000358426&data=20201026&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 23/11/2020.

¹⁷⁵ Posição defendida no seguinte artigo: MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Consultor Jurídico, São Paulo, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 28 set. 2020.

Ainda que não evite a instauração de ação penal, a celebração do acordo em momento processual ainda assim importaria em garantir maior celeridade ao procedimento, uma vez que tornaria desnecessária a espera de todo o trânsito do feito até que este importe em decisão irrecorrível, verdadeiro objetivo da justiça penal negociada. Tal corrente demonstra-se mais razoável em atenção ao fato de que, além de cumprir com seu objetivo de celeridade, confere benefício ao réu e mitiga os ônus financeiros depreendidos pelo Poder Judiciário para o julgamento do caso, ressaltando-se ainda ser necessária a atuação do Juízo das Garantias¹⁷⁶, de modo a atestar a legalidade de seus termos e decretar a extinção da punibilidade, cumprido o pactuado entre acusação e defesa.

Recente o *Habeas Corpus*¹⁷⁷ prestou-se a, na seara de julgamento do Supremo Tribunal Federal, provocar o Poder Judiciário a respeito da retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal, se tratando de caso em que se discutiu a prática do delito de tráfico de drogas, cuja pena concreta se deu em período inferior a dois anos, sendo substituída, de privativa de liberdade, para restritiva de direitos. O Ministro Relator alertou acerca da divergência entre as Turmas da Corte, entendendo a questão como “afeita à interpretação constitucional, com expressivo

¹⁷⁶ Reitera-se, conforme observado na nota 37, que a figura do Juiz de Garantias encontra-se suspensa, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal proferida quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 185.913 (0092967-77.2020.1.00.0000). Paciente: Max Willians de Albuquerque Vilar. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22 de julho de 2020. Disponível online em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>. Acesso em: 30/09/2020. Trata-se de caso em que o paciente fora condenado à pena de um ano, onze meses e dez dias em regime de reclusão, em virtude do delito de tráfico de entorpecentes, e buscava a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, de forma retroativa. Fora reconhecida a divergência entre as turmas do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de retroação do instituto, ainda não havendo decisão concreta em nenhum sentido, mas destacando-se os seguintes argumentos “da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmada por Tribunal de segundo grau”. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)” “o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)”. (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)” “Conclui-se, portanto, que a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados. Nesse sentido, para que se assente um precedente representativo sobre o tema, com eventual fixação de tese a ser replicada em outros casos e juízos, deve-se remeter o habeas corpus para julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.”

interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados.”, demonstrando a relevância do tema atualmente.

No referido julgamento, foi decretada a afetação do feito ao Plenário, remetendo os autos ao colegiado, que julgará o caso de maneira presencial¹⁷⁸, em virtude das posições em diversos sentidos sobre a retroatividade, bem como em atenção ao significativo impacto que tal decisão terá em casos análogos, demandando assim a unificação da Corte para fins de jurisprudência. Ainda recente, decretada a remessa em vinte e dois de setembro de dois mil e vinte, nenhuma decisão definitiva foi proferida nos autos, mas certo que, assim que ocorrer, servirá como forma de dirimir boa parte das controvérsias, bem como orientar a atuação do Ministério Público, devendo assim seguir a regra exposta supra, no sentido de garantir a retroatividade da norma mais benéfica ao réu no referido caso concreto, bem como em outros, futuros ou atuais¹⁷⁹.

2.2 DA DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Possivelmente o tópico de maior divergência quando se trata do Acordo de Não Persecução Penal é apurar se o instituto configura uma faculdade do Ministério Público, portanto não vinculativo ao promotor encarregado do feito, ou como um direito subjetivo do réu, vinculando assim o titular da ação. O instituto pode ser definido, em virtude de suas peculiaridades, como discricionariedade acusação, isto porque aparenta se tratar de incentivo ao Ministério Público, uma vez que seu objetivo é evitar o oferecimento da denúncia, privilegiando a resolução mais ágil e eficiente dos casos criminais de sua titularidade em caso de ação penal pública onde tal instituto é cabível.

Parece, neste momento inicial da pesquisa, que seu oferecimento não pode ser imposto ao Ministério Público por parte do Poder Judiciário, nem oferecido de

¹⁷⁸ VALENTE, Fernanda. **STF vai analisar no Plenário físico retroatividade da não persecução**. Consultor Jurídico, São Paulo, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-20/julgamento-aplicacao-retroativa-acordo-nao-persecucao-presencial>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁷⁹ A possibilidade de retroatividade da norma é defendida pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região, conforme indica o artigo FRISCHEISEN, Luiza Cristina; BARBOZA, Márcia Noll. **A aplicação retroativa do ANPP: uma experiência positiva no TRF-1**. Consultor Jurídico, São Paulo, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/opiniao-aplicacao-retroativa-anpp>. Acesso em: 23 nov. 2020.

ofício pelo Juízo da causa, vedação também imposta, vale lembrar, a outras medidas típicas de justiça negocial aplicáveis ao direito penal como a transação penal, equiparando-se o referido acordo a este, bastando que a recusa seja motivada por parte do promotor responsável. Caso reste a defesa inconformada, ou ainda por ato do Juiz quando da audiência reservada para a oitiva acerca do acordo, há a possibilidade de recurso perante o Órgão Superior do Ministério Público, o qual conhecerá das razões que importaram na recusa no oferecimento e proferirá sua decisão acerca da necessidade ou não de propositura¹⁸⁰.

Cabe ao Procurador-Geral, em última instância, a decisão final em caso de nova controvérsia, esta em relação ao entendimento do colegiado que, ainda que positivo, substitui o do promotor de primeiro grau, incumbindo ao mesmo ratificar ou, ao contrário, retificar o posicionamento anterior. Neste momento, torna-se clara a disponibilidade conferida à ação penal pública, uma vez que, se a autoridade optar por ofertar o acordo, o procedimento de persecução penal, perfectibilizado com o oferecimento da denúncia, torna-se dispensável, o que antes, por força de lei, não o era.

Parte da doutrina, ao contrário, entende o Acordo de Não Persecução Penal como hipótese de direito subjetivo do réu, configurando benefício seu, ou ainda modalidade *sui generis*¹⁸¹ que mescla faculdade da acusação e direito do réu, reunindo elementos típicos de ambos. As referidas teses, entretanto, mostram-se menos razoáveis do que a visão de Higyna Josita¹⁸², que entende se tratar o Acordo de Não Persecução Penal, ao contrário de garantia do acusado, em poder-dever do Ministério Público, hipótese no qual tal ato incumbe ao promotor que representar ao Órgão, no desempenho de suas funções regidas por lei e por regulamentos

¹⁸⁰ Por força da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6300, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a aplicação do artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal, o qual modificou a regra do arquivamento de Inquérito Policial, reaplicando a redação anterior do referido artigo, a qual dispõe “Artigo 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”, suspensa a aplicabilidade da redação contemporânea.

¹⁸¹ Modalidade sugerida no seguinte artigo: MARTINS, Jorge Henrique Schaefer; MARTINS, Jorge Henrique Goulart Schaefer. **Acordo de Não Persecução Penal: Direito Subjetivo do Inculpado (?)**. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/606249792E726A_ACORDODENAOPERSECUCAOPENAL.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

¹⁸² LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 17 jul. 2020

específicos, mas que não se caracteriza imprescindível para sua atuação funcional proba.

Um poder-dever, nas palavras de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer¹⁸³, é a obrigação prevista por lei que poderá ser relativizada em virtude do critério da oportunidade, somente adimplida quando assim for razoável exigir-se. Deverá o Ministério Público defender sua tese em qualquer viés, levando em conta o fato de que, ao contrário da ação penal, o Acordo de Não Persecução Penal aparenta ser disponível, latente, assim, a necessidade de mitigação do Princípio da Indisponibilidade da denúncia, ainda que balizada por parâmetros positivados como forma de evitar excessos.

Tal hipótese é corroborada pelo próprio comando legal, especificamente a redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao determinar que o Ministério Público pode, o que, neste contexto, ao contrário à ideia de “deve”, oferecer o Acordo de Não Persecução Penal caso presentes os requisitos exigidos, a depender de se configurar tal acordo como medida necessária e suficiente para tanto prevenir como sancionar o delito. O uso do termo possibilidade deve ser observado sob enfoque predominantemente positivista, visto que o legislador se ocupa em utilizar estes exatos termos, demonstrando assim sua intenção em não constituir o oferecimento do acordo como uma obrigação, não sendo permitido o uso de analogias ou suposições em desfavor do réu no direito penal.

Uma das poucas exceções à alegada ausência de uniformidade seguida neste projeto, em relação aos elementos do Acordo de Não Persecução Penal é o posicionamento, o qual reconhece a configuração de um poder-dever ministerial anteriormente suscitado, firmado quando da ocorrência da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, a qual, ao aprovar o Enunciado nº. 32¹⁸⁴, definiu o acordo como poder-dever do Ministério Público caso adimplidos os requisitos impostos pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal. A previsão de tal discricionariedade desborda da força vinculativa exigida por um direito positivado, em virtude da disponibilidade de que

¹⁸³ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 63-64

¹⁸⁴ O referido enunciado possui a seguinte redação: “A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no §14 do mesmo artigo.”

goza cada promotor a cada caso concreto em que atue, amparado pelo Princípio da Conveniência sob a égide do qual não é coagido a oferecer qualquer medida em decorrência de critérios subjetivos, como aqui ocorre com a necessidade e suficiência do instituto enquanto medida punitiva do ato praticado¹⁸⁵.

2.3 DA INFLUÊNCIA DE ASPECTOS CONTRATUAIS

Pode se entender o Acordo de Não Persecução como uma relação obrigacional firmada entre acusação e defesa, ambos com incumbências recíprocas, estas constituindo uma obrigação de fazer, qual seja o cumprimento das medidas estabelecidas pelo Ministério Público. Com a inserção do acordo no ordenamento, é necessária análise interdisciplinar entre ramos do direito enquanto gênero, demandando para a sua total compreensão não só o estudo de matérias típicas criminais, como também da esfera civil, além da esfera constitucional regendo sempre todos os atos jurídicos, considerando-se tratar-se o referido acordo como uma espécie de contrato, com um objetivo comum entre as partes.

O Acordo de Não Persecução Penal é considerado hipótese de negócio jurídico, uma vez que é celebrado entre duas partes adversas, com observância dos comandos legais impostos pelo artigo 28-A, principalmente, na qual ambas acordam em abrir mão de parte de suas pretensões de forma a criar um consenso que, ainda que não agrade, por completo, qualquer uma das duas, garante justiça ao caso concreto, instituindo-se obrigações recíprocas entre elas. Se tratando de negócio jurídico, portanto, deve-se perquirir acerca da observância de lições do Código Civil, quais sejam objeto válido, vontade livre, agente capaz e forma não prescrita em lei.

Tratando-se de relação análoga à contratual, parece primordial que se vinculem todos os procedimentos à boa-fé objetiva prevista pelo artigo 422 do

¹⁸⁵ A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, nos autos do *Habeas Corpus* nº 612.449, que a gravidade do delito de tráfico de entorpecentes na sociedade atual é motivo suficiente para afastar a incidência do Acordo de Não Persecução Penal, em razão da habitualidade da conduta e do elevado grau de reprovabilidade, demonstrando assim a subjetividade referida. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 612.449 (0235915-74.2020.3.00.0000). Paciente: João Matheus dos Anjos Silva. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 22 de setembro de 2020. Disponível online em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1985672&num_registro=202002359158&data=20200928&formato=PDF. Acesso em: 30/09/2020.

Código Civil¹⁸⁶, considerada referência imprescindível ao direito civil, sendo imperativo que ambas as partes se portem de maneira proba, ou seja, observando os comandos legais, morais e contratuais tanto no momento da celebração do acordo quanto durante e posteriormente sua assinatura, garantindo assim o cumprimento de sua ideologia e sua posterior confirmação, por meio da extinção da punibilidade. Caso uma das partes incorra em atos contrários ao que aos que esperados pela confirmação dos termos consentidos, o acordo pode ser retificado ou inadmitido, sendo o Ministério Público responsável, ou revogado, sendo o agente responsável.

A boa-fé objetiva, segundo Bruno Miragem, é princípio imprescindível para o direito das obrigações, neste caso aplicado em analogia, haja vista o caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal, sendo sua aplicabilidade essencial para a concretização dos atos praticados durante o procedimento em conformidade com a legislação. Conceitualmente, é o tratamento empregado à parte adversa pautado por lealdade e respeito, acatando-se as obrigações recíprocas, expectativas de cumprimento geradas pela parte adversa e fidelidade em relação ao objeto a ser cumprido, de modo a garantir uma conduta correta e justa de ambos celebrantes¹⁸⁷.

Sobre a aplicabilidade da boa-fé objetiva, Judith Martins Costa expõe que alguns requisitos devem ser adimplidos, sendo imperioso que a razão pela qual se suscitou tal princípio possa ser facilmente identificável em seu conteúdo, sob pena de sua desqualificação no momento em que, não havendo conectário lógico entre o ato suscitado e a solução trazida pela conduta proba, este se torna desqualificado e aplicado de forma meramente subjetiva¹⁸⁸. No âmbito do Acordo de Não Persecução Penal, o objeto que confere à boa-fé razão de ser trata-se do controle institucional do Ministério Público, bem como no sucesso da repressão do agente acusado.

Os desdobramentos da boa-fé também são aplicáveis, como, por exemplo, os preceitos *supressio* e *surrectio*¹⁸⁹. A vedação ao comportamento contraditório¹⁹⁰,

¹⁸⁶ O referido artigo tem a seguinte redação: “Artigo 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 130-134.

¹⁸⁸ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 13.

¹⁸⁹ Conforme Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a *supressio* pode ser entendida como “a perda da possibilidade de fazer valer um direito, em virtude da decorrência do tempo [...] ou do comportamento do titular desse direito contrário à boa-fé objetiva, ao que a *surrectio* entende-se como “a vantagem advinda da incidência da *supressio* [...] para que o beneficiário adquira posição

ainda que não seja, de fato, no âmbito criminal, uma proibição, importa na desconstituição dos termos acordados com o réu caso este aja em maneira contrária aos compromissos com os quais se comprometeu, como, por exemplo, deixando de realizar a sanção que lhe foi incumbida, tornando-lhe parte na persecução penal e, posteriormente, análise judicial, as quais lhe implicam piora de condições, tanto por possibilitarem a imposição de formas piores de sanção, como por constituírem efeitos penais em caso de condenação.

Em relação à suas características¹⁹¹, em analogia aos contratos celebrados com base no direito civil, tem-se que o instituto é bilateral, pois impõe direitos e obrigações para ambas as partes, Ministério Público e réu. Tem-se como exemplos a elaboração de termos em conformidade com as determinações legais e promoção da execução das medidas impostas ao agente, por parte do primeiro, e aceitação e cumprimento tanto dos termos como das condições impostas, por parte do segundo.

Também é personalíssimo, pois, em conformidade com o Princípio da Intranscendência das Penas¹⁹², somente imputa-se responsabilização ao agente acusado dos fatos discutidos no âmbito do acordo, na exata medida de sua responsabilidade, sem haver atribuição de quaisquer efeitos para terceiros. Em relação às cláusulas, é paritário, pois, não obstante ser incumbência do Ministério

jurídica mais vantajosa – aquisição de direito ou liberação de prestação –, deve estar presente a boa fé objetiva e subjetiva. Lição extraída da obra JÚNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 642-643.

¹⁹⁰ Tal instituto, conhecido pelo brocardo *Venire Contra Factum Proprium*, não é típico do ordenamento jurídico brasileiro, mas é por este recepcionado, sendo inclusive argumento apto a figurar como fundamento de sentença na seara do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1311173, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2020, em qual se destaca o trecho “não pode, neste momento, depois de transitado em julgado a questão, querer modificar os termos pactuados, sob pena de, como ressaltado pelo Magistrado singular, praticar comportamento totalmente contraditório” (*venire contra factum proprium*).

¹⁹¹ A classificação dos contratos se dá em conformidade com as lições de Flávio Tartuce na seguinte obra: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 448-454.

¹⁹² Princípio previsto pelo artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal, sob a seguinte redação: “Artigo. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;” Relevante destacar a Teoria da Transcendência Mínima idealizada por Rodrigo Roig, a qual confronta o referido artigo com a realidade prática, determinando que, ainda que seja vedada a afetação de terceiros em caso de condenação, esta sempre acabará por existir, devendo-se buscar a transcendência no menor nível possível. De mesma forma possível aplicar-se tal teoria ao Acordo de Não Persecução Penal. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2015. p. 97-99

Público a elaboração dos termos, pode o réu recusar a celebração naqueles termos, bem como requerer a modificação de um ou mais destes, afastando a incidência de um contrato de adesão, o qual acabaria por, possivelmente, dar causa à retificação dos termos em virtude da arbitrariedade.

Quanto à execução, esta se dá em momento posterior a assinatura do documento, razão pela qual é diferida, como também é continuada, visto que se prolonga enquanto durarem as medidas estipuladas pelo Ministério Público, extinguindo-se tão somente com a decretação, em Juízo, da extinção da punibilidade, ao final do procedimento, prolongando-se os efeitos por cinco anos, período em que não será possível nova celebração do mesmo acordo ou de outras medidas típicas de justiça negocial penal. Ressalte-se que, em se tratando de execução que se prolonga no tempo, pode ser alegada a Teoria da Imprevisão¹⁹³, caso algum fato superveniente e alheio a vontade da parte causou a modificação da mesma, bem como a Teoria do Adimplemento Substancial¹⁹⁴, na qual, tendo sido cumpridos os termos em sua maioria, e descumprido algum deles, em caráter excepcional, de porcentagem mínima, pode ser considerado válido e apto a produzir efeitos, devendo ambas ser confirmadas perante o Juiz das Garantias, de forma a averiguar sua adequação a cada caso concreto, se ocorrerem.

Considera-se formal e nominado, em relação à sua estrutura. Isto se dá uma vez que deve ser celebrado em documento padrão, apresentado em Juízo, nas formas determinadas em lei, previstas no artigo 28-A do Código Penal, bem como recebe a denominação de Acordo de Não Persecução Penal.

¹⁹³ Prevista pelo Código Civil, em seu artigo 478, sob a seguinte redação: “Artigo. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato” [...]. O conceito da referida teoria se extrai da lição de Sílvia de Sálvio Venosa, ao definir que “A possibilidade de intervenção judicial no contrato ocorrerá quando um elemento inusitado e surpreendente, uma circunstância nova, surja no curso do contrato, colocando em situação de extrema dificuldade um dos contratantes, isto é, ocasionando uma excessiva onerosidade em sua prestação. O que se leva em conta, como se percebe, é a onerosidade superveniente [...] A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade.” em sua obra VENOSA, Sílvia de Salvo. **Código Civil interpretado**. 4 ed. Rio de Janeiro Atlas. 2019. p. 488.

¹⁹⁴ Prevista pelo Enunciado nº 361, IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, sob a seguinte redação: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.” Tal teoria pode ser compreendida como a “impossibilidade de resolução/rescisão contratual sempre que houver um adimplemento próximo ao resultado final, tendo em conta a conduta das partes justificada pela boa-fé.”, conforme lição de Clóvis do Couto e Silva em sua obra COUTO E SILVA, Clóvis do. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. p. 56- 57.

Apresentação, em banca, da pesquisa.											
Pesquisa de aprofundamento da monografia											
Elaboração do conteúdo da monografia											
Entrega da versão final da monografia											
Apresentação, em banca, da monografia.											

11 SUMÁRIO PROVISÓRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. O Acordo de Não Persecução Penal

1.1 Da justiça negocial: tendência em expansão na resolução de conflitos

1.2 Do procedimento de propositura do acordo

1.3 Dos requisitos e impeditivos

2. A natureza jurídica do acordo de não persecução penal

2.1 Da natureza mista da norma: mescla de elementos processuais e materiais penais

2.2 Da discricionariedade do ministério público

2.3 Da influência de aspectos contratuais

CONSIDERAÇÕES FINAIS

12 REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. **Acordo de não persecução só retroage enquanto não recebida a denúncia, diz STJ**. Consultor Jurídico. São Paulo, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-12/acordo-nao-persecucao-retroage-enquanto-naorecebida-denuncia>. Acesso em: 23 nov. 2020

AZEVEDO, Nathalia Parente de; FONSECA, Tiago Abud da. **O ANPP na audiência de custódia e o teatro dos horrores**. Consultor Jurídico, São Paulo, 03 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/opiniao-anpp-audiencia-custodia-teatro-horrores>. Acesso em: 05 dez. 2020.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. São Paulo: Jh Mizuno, 2020.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020..

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. **Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 28 set. 2020.
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020). – Porto Alegre: DPE, 2014.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

Enunciados da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho de Justiça Federal do Superior Tribuna de Justiça. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-e-processo-penal-aprova-32-enunciados>. Acesso em: 18 set. 2020.

Enunciados Ministério Público Federal – Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em 03 ago. 2020.

FERNANDES, Myrella Antunes. **Os riscos do acordo de não persecução penal nas audiências de custódia.** Consultor Jurídico, São Paulo, 29 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-29/myrella-fernandes-riscos-anpp-audiencia-custodia>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina; BARBOZA, Márcia Noll. **A aplicação retroativa do ANPP: uma experiência positiva no TRF-1.** Consultor Jurídico, São Paulo, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/opinioao-aplicacao-retroativa-anpp>. Acesso em: 23 nov. 2020.

GERBER, Daniel. **A largada da negociação penal.** Consultor Jurídico, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-22/daniel-gerber-largada-negociacao-penal>. Acesso em: 26 set. 22

JAKOBS, Gunther e CANCIO, Manuel Meliá, **Derecho Penal del Enemigo**, Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal.** 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 17 jul. 2020

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal.** Consultor Jurídico, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas.** 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Acordo de Não Persecução Penal: Um novo começo de era (?)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/442>. Acesso em: 27 set. 2020

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer; MARTINS, Jorge Henrique Goulart Schaefer. **Acordo de Não Persecução Penal: Direito Subjetivo do Inculpado (?)**. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/606249792E726A_ACORDODENAOPERSECUCAOPENAL.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso.** Consultor Jurídico, São Paulo, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoes-curso>. Acesso em: 28 set. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: direito das obrigações.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTEIRO, Pedro. **A confissão no acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, 14 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-14/pedro-monteiro-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 24 set. 2020

MPF já fechou mais de 5 mil acordos de não persecução penal. Consultor Jurídico, São Paulo, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-acordos-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 26 set. 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PIVA, Raphael. **As hipóteses de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, São Paulo, 29 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-29/rafael-piva-hipoteses-aplicacao-retroativa-anpp>. Acesso em: 28 set. 2020.

QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. p. 05. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 27 Out. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2015.

SAMPAIO, Karla da Costa; LIMA, Camile Eltz de. **ANPP comprova a evolução no sistema jurídico penal brasileiro**. Consultor Jurídico, São Paulo, 16 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 28 set. 2020

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista da Ajuris . n. 98, jun., 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global**. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2009.

SILVA, Franklyn Roger Alves da; ESTEVES, Diogo. **A responsabilidade internacional pelas deficiências da Defensoria**. Consultor Jurídico, São Paulo, 18 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/responsabilidade-internacio-nal-pelas-deficiencias-defensoria>. Acesso em: 23 nov. 2020.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. Revista do Instituto de Ciências Penais, vol. 5, 05 mai. 2020.

SOARES, Rafael Junior; DAGUER, Beatriz. **A necessidade de confissão para formalizar o acordo de não persecução penal.** Consultor Jurídico, São Paulo, 02 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-02/soares-daguer-necessidade-confissao-anpp>. Acesso em: 28 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

VALENTE, Fernanda. **Juiz das garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux.** Consultor Jurídico, São Paulo, 22 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-aterferendo-plenario>. Acesso em: 30 nov. 2020.

VALENTE, Fernanda. **STF vai analisar no Plenário físico retroatividade da não persecução.** Consultor Jurídico, São Paulo, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-20/julgamento-aplicacao-retroativa-acordo-nao-persecucao-presencial>. Acesso em: 23 nov. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado.** 4 ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2019.

VITAL, Danilo. **Gravidade do tráfico basta para negar acordo de não persecução penal, diz STJ.** Consultor Jurídico. 28 set. 20. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/gravidade-trafico-basta-negar-acordo-nao-persecucao>. Acesso em: 30 out. 2020.