

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, PRIMEIRAS LEITURAS: PANORAMA, DIFICULDADES E ENFRENTAMENTO

*NON-PROSECUTION AGREEMENT, FIRST READINGS: OVERVIEW,
DIFFICULTIES AND CONFRONTATION.*

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira¹
Rafael Braude Canterji²

RESUMO

A Lei 13.964/19 ampliou o escopo do já conhecido direito penal consensual. Com maior abrangência do que a transação penal e a suspensão condicional do processo, juntou-se a elas e trouxe para o campo da possibilidade de composição a maioria das condutas penalmente típicas. Diversos temas da nova previsão legal merecem destaque nestas primeiras leituras e certamente ainda serão objeto de muito debate doutrinário e jurisprudencial. No presente escrito procuramos apresentar a situação do direito penal consensual no Brasil, abordar questões principiológicas, revisar as hipóteses de cabimento e problematizá-las frente as características e harmonia do sistema processual penal, bem como abordar a problemática do excesso acusatório em relação ao tema.

PALAVRAS-CHAVES: Acordo de não persecução penal. Consenso. Processo Penal. Garantias. Lei anticrime.

ABSTRACT

Law 13.964/19 expanded the scope of the already known consensual criminal law. With greater scope than the criminal transaction and the conditional suspension of the process, it joined them and brought to the field of the possibility of composition most of the typical criminal conduct. Several themes of the new legal provision deserve to be highlighted in these first readings and certainly will still be the subject of much doctrinal and jurisprudential debate. In this paper we seek to present the situation of consensual criminal law in Brazil, to address principiological issues, to review the hypotheses of appropriateness and to problematize them in view of the characteristics and harmony of the criminal procedural system, as well as to address the problem of accusatory excess in relation to the subject.

KEYWORDS: Non-prosecution agreement. Consensus. Criminal proceeding. Guarantees. Anti-crime law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Processo penal consensual. 3 Princípio da legalidade vs. Oportunidade. 4 O acordo de não persecução penal. 4.1 Requisitos previstos na Lei 13.964/2019. 5 Problematizações necessárias em nome da isonomia e harmonia do funcionamento do sistema processual penal brasileiro. 5.1 Inexistência de limite temporal absoluto para o acordo de não persecução pena. 5.2 Excesso de acusação e erro. 6 Considerações finais. 7 Referências.

¹ Advogado, Doutor em Direito (PUCRS) e Professor de Processo Penal e Criminologia da PUCRS.

² Advogado, Professor de Direito Penal da PUCRS e Conselheiro Federal da OAB.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, introduziu no Código de Processo Penal brasileiro o acordo de não persecução penal (ANPP). Tal novidade legislativa seguiu tendência de ampliação dos institutos penais consensuais que já se verificava na *praxis*, em especial em processos de atribuição do *parquet federal*, que os propunha com base nas Resoluções 181/2017 e 183/2019 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que, a despeito da ausência de lei a regular a matéria, ditavam, inclusive, regras de atuação para as Autoridades Judiciárias³.

O ingresso do ANPP na legislação adjetiva brasileira teve origem no Projeto de Lei 10.372/2018, da Câmara dos Deputados, como produto do trabalho de uma comissão de juristas⁴ presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, instituída em 10 de outubro de 2017, por ato da presidência daquela casa legislativa⁵.

Em meio à tramitação do Projeto, em janeiro de 2019, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, encaminhou o Projeto de Lei 882/2019, batizado de Pacote Anticrime, que, no que pertine ao tema, previa o acordo de não persecução penal para as infrações penais com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos.

Os projetos que inicialmente tramitaram em paralelo foram, juntamente com o Projeto de Lei 10.373/2018, apensados ao primeiro e desaguaram no Substitutivo do

3 Referência aos parágrafos 5º e 6º da Resolução 183/2018 do CNMP que assim dispõe:

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências (...). Em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acessado em 15/05/2020.

4 Além do Min. Alexandre de Moraes, compunham a Comissão, os juristas Cesar Mecchi Morales (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Doutor em Direito Constitucional e Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), Érica de Oliveira Hartmann (Defensora Pública Federal, Doutora em Direito Processual Penal), Gianpaolo Poggio Smanio (Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Doutor em Direito Processual Penal), José Bonifácio Borges de Andrada (Subprocurador-geral da República, ex-Advogado-Geral da União), Mônica Barroso Costa (Promotora de Justiça do Estado da Bahia, mestre em Ciências Penais e Criminologia, integrante do CNPCP), Patrícia Vanzolini (Advogada, Doutora em Direito Penal), Renato da Costa Figueira (ex-Presidente da OAB/RS, Conselheiro Federal da OAB) e Renato de Mello Jorge Silveira (Advogado, Professor Titular de Direito Penal na USP).

5 É comum se atribuir a origem das alterações da legislação penal trazidas pela Lei 13.964 ao “Pacote Anticrime” do então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, contudo, na tramitação do Projeto 882/2019, ele acabou sendo declarado prejudicado em face da aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372, de 2018 (<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>).

Projeto de Lei 10.372, da Relatoria do Deputado Federal Lafayette de Andrada⁶, aprovado pela Câmara e pelo Senado e sancionado pela presidência da República.

Cumpram ainda ressaltar que o conteúdo do texto legal, em vários dos dispositivos do CPP, é idêntico ao da Resolução 183/2018 do CNMP.

A importância do tema é enorme, tendo em vista que o acordo de não persecução penal é apto a abarcar um percentual altíssimo da quantidade de infrações penais. Assim, oportuno nos debruçarmos sobre este instrumento para apresentarmos as nossas primeiras impressões sobre o tema.

2 PROCESSO PENAL CONSENSUAL

Muito embora seja possível encontrar na história da elaboração e da construção da legislação brasileira um sopro de justiça penal consensual já no art. 233, §1º, do Projeto de Lei 633/75⁷, foi a partir de 1995, com a entrada em vigor da Lei 9.099, que o direito processual penal brasileiro passou a conviver com medidas de justiça consensual positivadas e que se contrapuseram às concepções construídas doutrinariamente a partir do conjunto de normas extraídas do Código de 1941⁸, como o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública⁹.

6 O Substitutivo do Projeto está disponível no site da Câmara dos Deputados, em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1841955&filename=Tramitacao-PL+10372/2018, acessado em 16 de maio de 2020, e o Projeto de Lei 10.372/2018 em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E68B0A86E5E3D5F8D40E88F0B2E24618.proposicoesWebExterno1?codteor=1718746&filename=Avulso+-PL+10372/2018, acessado em 16 de maio de 2020.

7 Tal Projeto teve seu Anteprojeto elaborado pelo Prof. José Frederico Marques e revisado, inicialmente, pelos Professores Benjamin Moraes Filho e José Salgado Martins, e, posteriormente, pelo Prof. Helio Tornaghi, além de seu próprio autor. Assim dispunha o Projeto no art. 233, § 1º. *“Tratando-se de processo de ação penal pública, dar-se-á a perempção nos casos expressamente previstos neste Código, quando o réu, por aceitar a pena de multa imposta, desistir, tacitamente, de exercer os poderes e faculdades inerentes a seu direito de defesa, para que se extinga a relação processual”*. Disponível no site eletrônico da Câmara dos Deputados, em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_A.pdf#page=1. Acesso em 07 de maio de 2020.

8 Cumpre recordar que antes do Código de Processo Penal de 1941 não existia uma legislação processual penal unitária na Federação, sendo elaborada pelos Estados da Federação. Com ensina Gloeckner em *Autoritarismo e Processo Penal*, até a Constituição de 1934, que definiu a competência da União para legislar sobre matéria processual penal, vigia um sistema penal pluralista, cujas características, bases ideológicas e políticas de cada Estado definia o andar e a forma do Processo Penal.

9 Entendemos inadequado e constitucionalmente inadaptado o tratamento da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada como um princípio processual. Defendemos a posição de que o princípio que rege a atuação do Ministério Público no processo penal brasileiro é o da legalidade, o que é possível extrair do disposto no art. 98, I, da Constituição Federal, quando prevê a transação, o que será abordado no próximo tópico.

A partir de então, vários outros dispositivos legais positivaram o alargamento e a ampliação da justiça consensual no Brasil.

As Leis 9.807/99¹⁰ e 12.850/13¹¹, com as alterações também introduzidas pela Lei 13.964/19¹², preveem a possibilidade de composição com o Ministério Público, com o fim de obter redução de pena, melhor regime de cumprimento ou, até mesmo, o perdão judicial em sentença penal condenatória, em troca da confissão e do acesso a elementos de prova capazes de demonstrar a responsabilidade criminal de terceiros.

Diferentemente destas, a transação penal (Lei 9.099) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) não se constituem em acordos que se vinculam a um juízo penal condenatório. Da mesma forma, a suspensão condicional do processo, do art. 89 da Lei 9.099. Em nenhum destes institutos há juízo de culpabilidade em relação ao réu ou sentença que enfrente o mérito dos fatos imputados. Tanto na transação como no Acordo, a prestação jurisdicional se dá por meio de uma sentença homologatória da composição que não gera reincidência, maus antecedentes ou qualquer outro efeito que não a impossibilidade de lançar mão de nova transação penal ou acordo de não persecução penal¹³. A suspensão

10 Lei de Proteção a vítimas e testemunhas:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: (...)

Art 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

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

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

12 Dentre outros dispositivos:

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico-processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

13 A composição por transação penal impede a realização de nova transação penal ou acordo de não persecução pelo prazo de cinco anos. Não há previsão legal de que a existência de acordo de não persecução penal impeça uma futura transação penal.

condicional do processo, por sua vez, se dá com o recebimento da denúncia, sendo que após sua oferta pelo titular da ação penal, aceitação e cumprimento, pelo réu, das condições entabuladas, é declarada extinta a punibilidade.

Independentemente das diferenças entre elas, tais leis foram, pouco a pouco, alterando o papel desempenhado pela advocacia, defensoria e Ministério Público, a exigir uma maior atuação fora do processo propriamente dito e criar espaços de interlocução e negociação.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE VS. OPORTUNIDADE

Durante décadas reconheceu-se sem qualquer reparo, no processo penal brasileiro, em relação aos crimes de ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade, segundo o qual *é dever do Ministério Público oferecer denúncia quando há um ato aparentemente delitivo*¹⁴. Embora sem previsão expressa no Código de Processo Penal, foi dele erigido a partir do seu conjunto de normas e sustentado, de forma ao que consta uníssona, durante décadas pela doutrina brasileira. Obrigatoriedade esta que vedaria ao *parquet*, apesar da titularidade da ação penal pública, *qualquer juízo de discricionariedade ou qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença da conduta delituosa e desde que satisfeitas as condições da ação penal*¹⁵.

A transação penal e o acordo de não persecução subvertem a regra de que o Ministério Público deverá oferecer denúncia diante de fato que apresentem consistentes indícios de materialidade e autoria. A partir da entrada em vigor da Lei 13.964, é potencialmente maior a possibilidade de construção de consensos do que o oferecimento formal da acusação. A quantidade de tipos penais à disposição para a celebração de composições é maior do que para o oferecimento direto da denúncia.

Frente a tal situação, vemo-nos obrigados a traçar algumas linhas sobre o reforço do princípio da legalidade. Ao mesmo tempo em que não podemos conceber

14 Brandão, Cláudio. *Ontologia da Ação Penal*. Revista de Informação Legislativa. p. 242. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/436/r140-24.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acessada em 07 de maio de 2020.

15 OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal* – 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121.

a obrigatoriedade da ação penal como um princípio do processo penal brasileiro, pós-1988, da mesma forma, a nós parece bastante incorreta a afirmação de que passamos a adotar o princípio da oportunidade no nosso sistema processual.

O princípio que rege o funcionamento do processo penal brasileiro é o da legalidade. Princípio assim trazido na lição de Jorge Figueiredo Dias¹⁶:

A consagração do princípio da legalidade, em princípio e face ao que fica dito, de aplaudir; ele preserva um dos fundamentos essenciais do Estado de Direito, enquanto põe a justiça penal a coberto de suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio. Se fosse possível aos órgãos públicos encarregados do procedimento penal apreciar da conveniência do seu exercício e omiti-lo por inoportuno, avolumar-se-ia o perigo do aparecimento de influências externas, da ordem mais diversa, na administração da justiça penal e, mesmo quando tais influências não lograssem impor-se, o perigo de diminuir (ou desaparecer) a confiança da comunidade na incondicional objetividade daquela administração.

Nereu Giacomolli é preciso ao estabelecer que a oportunidade se encontra em contraposição teórica à legalidade processual. Para ele, um sistema processual se fundamenta na oportunidade quando os responsáveis pela persecução penal, diante de fatos com aparência de infração criminal, investigam ou não, denunciam ou não, e dispõem sobre fatos, sobre a classificação jurídica, sobre a pena e sobre quem sofrerá ou não a *persecutio*; além disso, o Ministério Público poderia manter ou não uma acusação e sua forma procedimental¹⁷.

As previsões do art. 98, I, da Constituição Federal, do art. 76, da Lei 9.099/95, e do art. 28-A, do Código de Processo Penal, não consagram de forma alguma o princípio de oportunidade, mas indicam a presença de requisitos e dispositivos que conduzem à conclusão de que impera o princípio da legalidade.

O entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça, de que a suspensão condicional do processo não é um direito subjetivo do acusado e tampouco uma liberalidade do Ministério Público, mas sim um poder-dever¹⁸ do órgão acusatório, indica claramente que não se está diante de uma oportunidade, mas de uma clara exigência legal. Cumpre ao Ministério Público não optar por apresentar ou não a oferta da suspensão, mas sim oferecê-la toda vez que estiverem preenchidos os

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 128.

17 GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 278.

18 Em http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2096%20-%20Juizados%20Especiais%20Criminais%20-%20II.pdf. Acesso em 16 de maio de 2020.

requisitos. É o que se espera numa perspectiva republicana de instituição tão importante para a efetivação da democracia.

Na lição de Nereu Giacomolli, *o poder de dispor sobre a dedução ou não de uma imputação, de propor ou não a suspensão condicional do processo, limita-se pelos pressupostos fáticos e jurídico-legais*¹⁹. A atuação do Ministério Público se limita ao legalmente estabelecido²⁰. Lição perfeitamente aplicável ao acordo de não persecução penal.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em meio a toda celeuma existente acerca da introdução ou não do *plea bargaining* no Brasil, o modelo consensual aprovado foi o acordo de não persecução penal, que podemos sintetizar nos seguintes termos: é uma composição realizada entre o Ministério Público e o Acusado, devidamente representado, na qual, diante da confissão, preenchidos determinados requisitos e cumpridas certas condições, não será oferecida denúncia e declarada extinta a punibilidade.

Em que pese o detalhamento dos requisitos e condições trazido no CPP, não temos a menor dúvida de que se dependerá bastante da construção jurisprudencial para a superação de lacunas e construir a hermenêutica adequada das normas, assim como cremos que muito dela estará diretamente ligada à interpretação já construída pela jurisprudência em relação à transação penal e à própria suspensão condicional do processo.

Cumpra, finalmente, ingressarmos no cerne da presente análise: os requisitos exigidos para a realização do acordo de não persecução penal.

4.1 Requisitos previstos na Lei 13.964/2019

A partir da leitura do *caput* e parágrafos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964, identificam-se os requisitos para a oferta do acordo de não persecução penal. Ainda que com brevidade, respeitados os limites do texto e sua característica de ser resultado de *primeiras leituras*, cumpre-nos comentar tais requisitos:

¹⁹GIACOMOLLI, Nereu. Op. cit. p. 279.

²⁰Idem.

(i) Não ser caso de arquivamento do procedimento criminal

Antes mesmo da proposta de acordo de não persecução penal, é necessário que o Ministério Público faça a devida análise do preenchimento dos requisitos para oferta de denúncia. Eventual proposta referente a fato que não esteja amparado nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 395 do Código de Processo Penal - preenchimento dos pressupostos processuais e das condições para o exercício da ação penal, além da existência de justa causa para o oferecimento da denúncia - constitui constrangimento ilegal.

Cabível, no ponto, analogicamente, a aplicação de procedimento defendido em relação à oferta de Transação Penal. Infrutífera a composição civil, é necessário o respeito à ordem cronológica prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95²¹.

Dessa forma, cumpre, primeiramente, ao agente do Ministério Público, em observância ao princípio da legalidade, analisar se o fato trazido ao seu conhecimento deve ser arquivado ou não, para, somente após, caso não o seja, propor a aplicação imediata de pena. O acordo de não persecução, assim como já fazia a Lei dos Juizados Especiais, exige, portanto, do órgão do Ministério Público uma conduta comprometida com um Processo Penal Democrático. O desrespeito da ordem prevista no referido dispositivo legal geraria evidente constrangimento ilegal, uma vez que importaria apreciação prematura de proposta de acordo de não persecução em procedimento criminal por fato que não ensejaria o oferecimento de denúncia.

No que diz respeito à existência de suporte probatório mínimo para a transação penal, no que entendemos aplicável, igualmente, ao acordo de não persecução penal, há quase uma década o Superior Tribunal de Justiça mantém o seguinte entendimento: *“4. Para que se dê início à persecução penal, ainda que na forma de proposta de transação penal, deve haver suporte probatório mínimo, uma vez que a responsabilidade penal não pode ser presumida, mas deve ser demonstrada. 5. Ordem concedida para extinguir a proposta de transação penal e trancar o procedimento investigatório criminal, por ausência de justa causa²².”*

21 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

22 STJ. HC 226.512/RJ. Sexta Turma. Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 09.10.2012.

(ii) Confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal

Dois temas são objeto de atenção em relação ao segundo requisito do art. 28-A: momento para a confissão e no que ela consiste.

Mesmo que discordemos da previsão, uma vez que ela viola a presunção de inocência em caso de desfazimento futuro do acordo e conseqüente oferecimento da denúncia²³, não temos a menor dúvida acerca da necessidade da confissão para a formalização do ANPP, independentemente de qualquer manifestação anterior do acusado.

É importante salientar, contudo, que a confissão que se exige do Investigado para a celebração do Acordo pode ocorrer independentemente da verificação de silêncio ou da apresentação de versão dos fatos diversa da confissão na fase investigatória.

Tal ponderação tem relevância para que não se viole, sob nenhum argumento, o direito ao exercício da defesa pessoal do acusado no processo penal brasileiro.

A mudança de versão do acusado sobre os fatos é corolário do exercício do direito fundamental à ampla defesa, podendo ocorrer na fase processual em comparação ao que fora dito na investigação ou mesmo, como sói ocorrer no procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri, em interrogatórios diversos já durante a instrução do processo.

Assim, a não confissão até que preenchido o requisito da pena mínima ser inferior a 4 anos, não poderá ser impedimento à oferta - hipótese que será mais adiante desenvolvida, relativa ao preenchimento do requisito apenas quando da apreciação judicial da imputação excessiva.

Ainda, consta que a confissão deva ser formal e circunstanciada. A partir do uso de tais adjetivos, concluímos que o legislador pretende que ela se dê perante o Ministério Público ou, até mesmo, diante da Autoridade Policial, em ato voltado para ouvir o Investigado. Além disso, deve ele explicitar as circunstâncias em que o crime fora praticado.

²³ Art. 28-A. (...) § 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.

Importante consignar que um acordo de não persecução penal não pode se confundir com um acordo de colaboração premiada, não sendo exigível do Investigado que traga ao conhecimento do *parquet* detalhes sobre a participação de outras pessoas na prática delitiva.

O ANPP não é um instrumento investigatório. Não há nada no texto legal que possa levar à conclusão diversa, diferentemente do que se viu em relação às leis 9.807 e 12.850. O acordo de não persecução é uma forma de desobrigar a realização do processo, diante de um investigado que, cumpridor dos requisitos fixados, não responderá a um processo criminal e, ao final, terá extinta a sua punibilidade.

A própria veracidade da confissão não necessita ser demonstrada. Cumpre ao Investigado assumir a prática do fato imputado (e não da classificação jurídica), com descrição coerente e compatível com o que se lhe atribui.

Por fim, justamente por estarmos diante de relevante decisão, deverá ser concedido razoável tempo à defesa para a apreciação da proposta. Não há obrigatoriedade de pronta resposta. A pretensão de se ter celeridade processual não pode ser fonte para atropelos. O termo *acordo* parte do pressuposto que as partes concordem, cheguem a um bom termo para ambas, não sendo decisão e imposição acusatória. Ainda que em situação diversa, mas analógica, já houve manifestação do Poder Judiciário neste sentido:

“A despeito do silêncio da Lei Processual Penal quanto ao prazo mínimo de antecedência com o qual as partes devem ser intimadas para comparecer em juízo, é certo que, para que sejam efetivamente assegurados o contraditório e a ampla defesa, é indispensável que a intimação do acusado para comparecer em audiência seja feita com antecedência razoável, mormente em se tratando de ato designado para formalização de proposta de suspensão condicional do processo.”²⁴.

(iii) Infração penal cometida sem violência ou grave ameaça

A exigência de aplicabilidade do ANPP apenas para as infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça é opção de política criminal. A vedação a tais formas de conduta segue linha de pensamento identificada desde a Lei 9.714/98, que alterou os artigos do Código Penal que tratavam da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, passando a autorizá-la quando

24TJMT. Apelação Criminal n. 00027464020148110009329482018. Terceira Câmara Criminal. Relator Desembargador Gilberto Giraldelli. Julgado em 13.06.2018.

a pena aplicada não fosse superior a quatro anos e o crime no fosse cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa²⁵.

Trata-se de um critério objetivo em que o legislador desconsidera o tipo e o grau de violência empregado na conduta. Há casos em que o potencial lesivo da violência ou da ameaça, mesmo que grave, são baixos, tanto que as penas atribuídas pelo legislador são mínimas e a ação penal depende, em algumas situações, de representação da vítima. Seja pelo fato de termos um desvalor da ação e/ou do resultado desprezíveis, mais adequado seria avaliar a compatibilidade do tipo penal com a instituição político-criminal do ANPP. Tais avaliações poderiam decorrer da própria pena cominada. Fato é que muitas vezes temos penas cominadas desproporcionalmente aos bens jurídicos ofendidos.

(iv) Pena mínima abstratamente prevista inferior a 4 (quatro) anos

Mesmo que a opção legislativa tenha sido expressiva e contemple grande número de tipos penais, entendemos que a opção quanto ao limite temporal em questão contrariou a harmonia do sistema no que tange às hipóteses de aplicação de medidas descarcerizadoras.

Desde o *sursis*, na parte geral de 1984, que previu a possibilidade de suspensão condicional da pena quando ela não fosse superior a dois anos, passando pela possibilidade de transação penal, na redação original da Lei 9.099/95 (pena máxima não superior a um ano) ou na alteração trazida pela Lei 11.613 (pena máxima não superior a dois anos), pela suspensão condicional do processo (crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a um ano) assim como nas alterações trazidas pela Lei 9.714/98 (pena não superior a quatro anos), os dispositivos legais que traziam normas descarcerizadoras utilizaram o critério de inclusão do tempo limite. Tal técnica faz todo sentido, uma vez que ao se estabelecer um limite para a aplicação de uma regra jurídica, tal marco deve ser dotado de máxima certeza e clareza possível ao destinatário da norma.

Explicamos.

25 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Até o presente momento, não temos em nosso ordenamento jurídico penas cujo mínimo cominado seja maior do que 3 (três) e menor do que 4 (quatro) anos de detenção ou reclusão - não há, por exemplo, nenhum delito com pena cominada de três anos e seis meses de pena privativa de liberdade. Dessa forma, o presente requisito, ressalvada a incidência *a priori* de causas de diminuição de pena (minorantes), em verdade, tem aplicação limitada aos crimes cujas penas mínimas cominadas não ultrapassam três anos de privação de liberdade.

Por todos os exemplos acima, tanto do ponto de vista de política criminal como do de construção harmônica da legislação penal²⁶, mais adequada seria a aplicabilidade do ANPP para imputações referentes a infrações penais com penas mínimas inferiores ou iguais a quatro anos.

(v) Ser o acordo necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

A amplitude da previsão trará necessidade de que o Ministério Público fundamente adequadamente a recusa em oferecer o acordo de não persecução penal. Não se trata de um requisito que exija fluxo de demonstração no sentido de ser o acordo suficiente e necessário para a prevenção e repressão do crime pelas partes. Exige-se fluxo contrário, no sentido da necessidade de justificar-se o motivo pelo qual o acordo não é suficiente e necessário para a reprovação da infração penal.

Para tal conclusão, pelas características da exigência legal, ao que nos parece, a jurisprudência deverá adotar o mesmo critério interpretativo utilizado em relação ao inciso III do §2º do art. 76 da Lei 9.099²⁷.

26A falta de harmonia é explicável, uma vez que a redação do *caput* do art. 28-A é muitíssimo próxima a do art. 18 da Resolução 181/2017, do CNMP, alterada pela Resolução 183/2018. “Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:”. É possível que o legislador tenha se preocupado mais em utilizar os critérios sugeridos pelo Ministério Público do que com a harmonia do sistema legal brasileiro.

27 “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 3º, I, E ART. 4º, A, AMBOS DA LEI N. 4.898/65. NULIDADE. DETERMINAÇÃO DE INDICIAMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANSAÇÃO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Com o recebimento da denúncia, a princípio, não mais se justifica o indiciamento formal do acusado (precedentes). II - O recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 3º, i, e no art. 4º, a, ambos da Lei n. 4.898/65, sendo-lhe negado o benefício da transação e da suspensão condicional do processo. III - O Ministério Público, ao não ofertar os benefícios da Lei

(vi) Não cabimento de transação penal

Neste ponto, relevante referir que naqueles casos em que é cabível a transação penal, não pode o acusador decidir pela oferta de ANPP. Trata-se de previsão que pretende garantir ao imputado a prevalência de direito que mais o beneficia. A transação penal é mais benéfica pois não exige a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, a renúncia a bens e direitos indicados como instrumento, proveito ou produto do crime, e, principalmente, por não estabelecer como condição para sua implementação a confissão do acusado, o que reduz, inclusive, efeitos cíveis da transação penal, em relação ao ANPP

(vii) Investigado não reincidente e inexistência de elementos probatórios que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Ainda que a previsão seja compatível com demais hipóteses “despenalizadoras”, tem-se mais um exemplo da opção político-criminal que privilegia o “direito penal do autor” em detrimento ao “direito penal do fato”. Quanto ao tema, assim define Claus Roxin²⁸, citando Blockelmann:

Por **Derecho penal del hecho** se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de esse tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en futuro se esperam del mismo. Frente a esto, se tratará de un **Derecho penal de autor** cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su associalidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. “Lo que hace hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea ‘tal’ se convierte en objeto de censura legal”; “alli donde entre los presupuestos de la cominación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autos, estamos ente un sistema en que la pena se dirige al autor como tal”.

9.099/95, deve fundamentar adequadamente a sua recusa. A recusa concretamente motivada não acarreta, por si, ilegalidade sob o aspecto formal (precedentes). Recurso ordinário parcialmente provido apenas para anular a determinação judicial de indiciamento do recorrente e todos os efeitos dela decorrentes.” RHC 60445/SP. STJ. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. DJe 13/05/2016.

28 ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General* - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito. 1ª Ed. 2ª Reimpresão. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 176 e 177.

Por tais razões, aliás, que a reincidência só persiste no Código Penal da Alemanha como um elemento de análise para a concessão do livramento condicional. Quanto à derrogação do § 48 do Código Penal Alemão, é o próprio Claus Roxin quem explica²⁹:

Lo propio sucede en la agravación de la pena por reincidencia del § 48 v a., que pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de vida y por tanto inconciliable con el principio de la culpabilidad por hecho; pues bien, tal precepto fue derogado, bajo la presión de la crítica contra el mismo, por la 23ª StrÄg de 13-04-1986. Y de tal decisión legislativa cabe deducir que también hay que dar preferencia em los demás terrenos a las interpretaciones propias del Derecho penal del hecho frente a las interpretaciones eventualmente posibles em el sentido del Derecho penal del autor, em los casos em que estas últimas fundamentaran una pena más elevada.

Vê-se, portanto, a reincidência como uma opção que não se coaduna com o Direito e o Processo Penal democráticos.

Além da reincidência, a lei traz a impossibilidade de realização do acordo diante de habitualidade, reiteração ou do agir profissional criminoso.

É importante salientar que a demonstração da habitualidade/reiteração/agir profissional deve ser precisa e **não se confundir com continuidade delitiva ou com a prática de delito que se prolongue no tempo** (crime permanente).

Na fundamentação, o órgão do Ministério Público deverá demonstrar, a partir da existência de outras condenações, sob pena de se atribuir a habitualidade a infrações penais que sequer ensejaram juízo definitivo de culpabilidade em relação ao acusado.

(viii) Não ter o agente realizado, nos cinco anos que precedem o cometimento da infração penal, transação penal, suspensão condicional de processo ou acordo de não persecução penal

A presente previsão traz a necessidade de ainda mais cautela à decisão de aceitar proposta de transação penal, assim como reforça a importância de se analisarem os requisitos para oferecimento de denúncia antes do oferecimento de transação penal.

O alerta aqui é importante. O aceite da transação penal não pode ser concebido como uma saída mais cômoda ao autor do fato em um processo de

²⁹ *Ibid.* p. 186.

competência do Juizado Especial Criminal. A vedação do art. 28-A, § 2º, III, traz mais uma consequência decorrente da aceitação de tal oferta e que deve ser do conhecimento do investigado.

Quanto à impossibilidade de já ter aceito suspensão condicional do processo, trata-se de inovação legislativa, uma vez que, segundo a previsão legal de tal instrumento, sua aceitação não traz como consequência qualquer vedação a uma nova concessão. Agora, temos um óbice a um eventual acordo de não persecução penal futuro.

Por fim, o critério de 5 (cinco) anos adotado se enfileira de acordo com a regra-geral da produção de efeitos em prejuízo ao investigado/denunciado/réu, nas previsões características de Direito penal do autor do direito material e processual penal brasileiro, construída a partir do limite dos efeitos da reincidência.

(ix) Inaplicabilidade aos casos de violência doméstica ou familiar³⁰ ou praticados contra mulheres por razões da condição do sexo feminino

A previsão é compatível com recentes alterações legislativas e políticas afirmativas de gênero. A proibição de aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher adveio do art. 41 da Lei Maria da Penha³¹ e da interpretação consolidada do Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 536, e do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19.

A vedação trazida não se refere aos crimes praticados com violência física ou grave ameaça, pois, como regra, em relação a tais casos já haveria impossibilidade de realização do Acordo, pelo requisito analisado no item “iii”.

30 A Lei 11.340/06 define no que consiste a violência doméstica: *Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.*

31 Lei n.º 11.340/2006. (...) Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Contudo, além da violência física e sexual, são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme o art. 7º da Lei 11.340³², a violência psicológica, a violência patrimonial e a violência moral.

Assim, a prática de qualquer crime em que se verifique alguma destas três formas de violência doméstica e familiar contra a mulher impedirá a realização do Acordo.

5 PROBLEMATIZAÇÕES NECESSÁRIAS EM NOME DA ISONOMIA E HARMONIA DO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Cumpra, diante de todas as inquietações que surgem do tema, expor algumas problematizações que entendemos pertinentes e cujo posicionamento se exigirá do Poder Judiciário.

5. 1 Inexistência de limite temporal absoluto para o acordo de não persecução penal

A leitura do *caput* do artigo 28-A do CPP traz a impressão de que o único momento oportuno para que seja firmado o acordo de não persecução penal é anteriormente ao oferecimento de denúncia. Somado a isso, o próprio conceito corrobora com esta ideia, uma vez que é firmado acordo para que não ocorra o processo, ou seja, não seja iniciada a persecução penal.

32 Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Pretendemos apresentar, neste tópico, algumas situações concretas que nos conduzem à interpretação diversa, concluindo ser cabível o acordo ainda que em momento posterior à própria instrução processual, tanto nos processos iniciados antes da entrada em vigor da lei, como naqueles que tiverem início quando já era possível a realização do Acordo.

Inicialmente, cabe referência aos processos em andamento. Nestes casos, preenchidos os requisitos legais, ainda que com denúncia recebida, entende-se que deve ser questionado o réu sobre interesse em promover o acordo de não persecução penal. Não caberia interpretação de que a irretroatividade da lei processual penal inviabilizaria a oferta. Trata-se de novo direito público subjetivo dos acusados - ou poder-dever do Ministério Público - que deve ter aplicação imediata ou, ainda, de imposição de análise quanto ao cabimento da oferta, pelo Ministério Público, decorrente do princípio da legalidade. Tal circunstância ensejaria análise mesmo naqueles casos que estão em fase recursal. Pela pertinência temática, merece ser integralmente transcrita ementa de recente acórdão do Tribunal Regional da 4ª Região:

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019. QUESTÃO DE ORDEM SOLVIDA.

1. O acordo de não persecução penal consiste em novatio legis in mellius, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento.
2. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. no 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma).
3. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP.
4. Descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias.
5. É permitido ao Tribunal examinar, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal.
6. Hipótese em que se afasta eventual invalidade da sentença pela lei posterior à sua prolação, mas cria-se instrumento pela via hermenêutica de efetividade da lei mais benéfica.
7. Constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar.

8. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo.

9. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários.

10. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP.

11. O art. 28-A do Código de Processo Penal silencia quanto a eventual restrição de aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes praticados em concurso (seja material ou formal) e o concurso de crimes apenas se mostra relevante e intransponível para o oferecimento do acordo de não persecução penal quando o somatório das penas mínimas ou a pena concreta - no caso de sentença condenatória já proferida - for igual ou superior a 4 (quatro anos).

12. Questão de ordem solvida para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei no 13.964/2019.³³

O Ministério Público Federal, por sua 2ª Câmara Criminal, editou o enunciado número 98, segundo o qual “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 da Lei nº 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes. Alterado na 184ª Sessão Virtual de coordenação, de 09/06/2020.”.

Agir de modo diverso poderia ensejar tratamento diferenciado injustificado e aleatório. Digamos que duas pessoas, “A” e “B”, em situação similar, praticam infrações penais idênticas contra vítimas diferentes no mesmo dia. Realizada a investigação, o inquérito de “A” é distribuído, num mesmo dia, à Promotora “X” e o da “B”, ao Promotor “Y”. Suponhamos que a Promotora “X” seja mais diligente que o Promotor “Y”, e, assim, oferece a denúncia no dia 21 de janeiro de 2020, tendo sido recebida pelo Juiz “W” no dia seguinte. O Promotor “Y”, apenas resolve acessar o conteúdo do inquérito em 18 de maio de 2020, quando percebe ser cabível o ANPP e entra em contato com o defensor de “B” para propor ao acordo. O aleatório precisa ser limitado pela jurisprudência para que se administre a justiça de forma isonômica.

33TRF4. Apelação Criminal n. 5004135-89.2018.4.04.7016. Oitava Turma. Relator Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em 13.05.2020.

5. 2 Excesso de acusação e erro

Outra questão que merece máxima relevância decorre das hipóteses de não cabimento do ANPP por haver excesso de acusação ou erro. Tais circunstâncias poderão apenas ser reconhecidas quando da sentença ou mesmo na fase recursal, seja por desclassificação da imputação, seja por parcial absolvição. Em qualquer das situações, passará, tanto na sentença, quanto no acórdão, a ser preenchido o requisito objetivo da quantidade mínima de pena cominada para o crime, o que deverá fazer com que o Ministério Público ofereça a proposta. Desta forma, deve ser lido o instituto não apenas como um acordo para não persecução penal completa, mas também como para o não prosseguimento de persecução penal já existente.

O excesso da acusação, reconhecido pelo Poder Judiciário, não poderá trazer prejuízo ao réu, ainda maior do que já trouxe no processo, e inviabilizar que exerça direito público subjetivo - ou o poder-dever do Ministério Público. De outro modo, alterada a imputação a partir do reconhecimento pelo julgador, passa o Ministério Público a ter o dever de analisar o cabimento de oferta do acordo. Passível de debate como deveria acontecer o procedimento para instruir o expediente do ANPP. Evitando que seja proferida decisão e encerre a jurisdição, deve o julgador, ao absolver parcialmente o acusado ou desclassificar a imputação, provocar o Ministério Público a avaliar a possibilidade de oferta do ANPP.

O tema trazido acima não é novo, ainda que o instituto o seja. Situação similar já ocorre com a suspensão condicional do processo, que também tem entre um de seus requisitos a pena cominada no tipo penal imputado. Por isso, entendemos tratar-se de hipótese de interpretação análoga à dada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 337, segundo a qual, *é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva*.

Por outro lado, ganha ainda mais importância a não protocolar apreciação de uma denúncia ofertada, seja no primeiro dos recebimentos, seja na análise dos argumentos trazidos quando apresentada Resposta à Acusação. No mesmo sentido, cuidadosa análise deverá ser feita no julgamento de Habeas Corpus impetrado para atacar decisão que receber a denúncia e/ou deixar de rejeitá-la ou absolver sumariamente o réu. Responder processo indevido é causa de constrangimento

ilegal desde sempre. No caso específico, além disso, ensejaria efeito prático que é a inviabilização do acordo de não persecução penal.

Em qualquer das hipóteses, o fato de o réu não ter confessado a prática do crime imputado ao longo da instrução processual não pode ser fundamento da negativa do ANPP pelos motivos antes expostos quando tratamos dos requisitos para a oferta. Uma vez reconhecida a possibilidade de acordo em decorrência de excesso acusatório, deve-se possibilitar ao réu sua efetivação, independentemente da estratégia defensiva adotada ao longo do processo, porquanto o exercício regular de um direito constitucionalmente assegurado não pode ser, em qualquer hipótese, interpretado em seu desfavor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é daqueles que instiga por possibilitar estudos acadêmicos de efeitos práticos. Trata-se de oportunidade de transformação no processo penal brasileiro por meio do consenso, mas sob risco de banalização e aplicação apenas como instrumento de redução de volume de processos. A maturidade no estudo da matéria está produzindo outros textos, já encaminhados. Muitos interessantes temas não foram abordados no presente trabalho, pelos limites existentes, e o serão futuramente. Destacamos o aprofundamento da via consensual no processo penal marcado pelo litígio, a aplicabilidade do ANPP nas ações penais privadas, a capacitação dos profissionais para se adaptarem à nova cultura processual, o cabimento do acordo em relação à parte das imputações, tanto quando houver confissão limitada a um crime quanto quando o concurso de delitos inviabilizar o acordo global, a exigências de reparação do dano como requisito para o acordo em processos em que imputados crimes tributários, a aplicabilidade do acordo aos crimes ambientais imputados à pessoa jurídica e tantos outros.

Por fim, concluímos com as palavras de Nereu Giacomolli, ao tratar da transação penal, mas que se estendem ao presente tema...

...é imprescindível à prestação da tutela jurisdicional efetiva, bem como ao gozo do amplo direito de defesa, que o autor do fato tenha ciência e compreenda todas as possibilidades que possui no processo penal, para que possa fazer sua opção com capacidade cognitiva e intelectual entre a aceitação da medida antecipada e o processo penal tradicional. A aceitação há de resultar de um ato voluntário, sem qualquer espécie de coação, indução ou outro vício que possa macular a vontade do autor do fato. Para

tanto é imprescindível uma prévia discussão acerca das possibilidades à disposição, sem negação do processo³⁴.

7 REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. *Ontologia da Ação Penal*. Revista de Informação Legislativa. p. 242. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/436/r140-24.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 07 mai. 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

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

_____. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal – 16ª ed.* São Paulo: Atlas, 2012.

PORCIÚNCULA, José Carlos. “Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada (art. 4º da lei 12.850/13)” - Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII. Seminário Nacional do IBADPP 2018 [livro eletrônico] / Diana Furtado Caldas; Gabriela Lima Andrade ; Lucas P. Carapiá Rios. - 1. ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General* - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. 1ª Ed. 2ª Reimpresión. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

34 GIACOMOLLI, Nereu. *Op. cit.* p. 284.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, PRIMEIRAS LEITURAS: PANORAMA, DIFICULDADES E ENFRENTAMENTO

*NON-PROSECUTION AGREEMENT, FIRST READINGS: OVERVIEW,
DIFFICULTIES AND CONFRONTATION.*

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira¹
Rafael Braude Canterji²

RESUMO

A Lei 13.964/19 ampliou o escopo do já conhecido direito penal consensual. Com maior abrangência do que a transação penal e a suspensão condicional do processo, juntou-se a elas e trouxe para o campo da possibilidade de composição a maioria das condutas penalmente típicas. Diversos temas da nova previsão legal merecem destaque nestas primeiras leituras e certamente ainda serão objeto de muito debate doutrinário e jurisprudencial. No presente escrito procuramos apresentar a situação do direito penal consensual no Brasil, abordar questões principiológicas, revisar as hipóteses de cabimento e problematizá-las frente as características e harmonia do sistema processual penal, bem como abordar a problemática do excesso acusatório em relação ao tema.

PALAVRAS-CHAVES: Acordo de não persecução penal. Consenso. Processo Penal. Garantias. Lei anticrime.

ABSTRACT

Law 13.964/19 expanded the scope of the already known consensual criminal law. With greater scope than the criminal transaction and the conditional suspension of the process, it joined them and brought to the field of the possibility of composition most of the typical criminal conduct. Several themes of the new legal provision deserve to be highlighted in these first readings and certainly will still be the subject of much doctrinal and jurisprudential debate. In this paper we seek to present the situation of consensual criminal law in Brazil, to address principiological issues, to review the hypotheses of appropriateness and to problematize them in view of the characteristics and harmony of the criminal procedural system, as well as to address the problem of accusatory excess in relation to the subject.

KEYWORDS: Non-prosecution agreement. Consensus. Criminal proceeding. Guarantees. Anti-crime law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Processo penal consensual. 3 Princípio da legalidade vs. Oportunidade. 4 O acordo de não persecução penal. 4.1 Requisitos previstos na Lei 13.964/2019. 5 Problematizações necessárias em nome da isonomia e harmonia do funcionamento do sistema processual penal brasileiro. 5.1 Inexistência de limite temporal absoluto para o acordo de não persecução pena. 5.2 Excesso de acusação e erro. 6 Considerações finais. 7 Referências.

¹ Advogado, Doutor em Direito (PUCRS) e Professor de Processo Penal e Criminologia da PUCRS.

² Advogado, Professor de Direito Penal da PUCRS e Conselheiro Federal da OAB.