

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – SUA ORIGEM E A OPERACIONALIZAÇÃO PELAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT - ITS ORIGIN AND OPERATIONALIZATION BY PUBLIC DEFENSORS

Lara Maria Willemer Würzius¹

Tarcisio Passos Junior²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Acordo de Não Persecução Penal, buscando averiguar sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas do Estado. Evidenciando se, considerando sua origem e condições de aplicabilidade, o Acordo de Não Persecução Penal poderá ser operacionalizado de forma eficiente? Esta pesquisa adota, como método de abordagem, o dedutivo e a técnica de pesquisa consistirá na investigação de documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica, com exame de fontes normativas e doutrinárias.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo. Persecução Penal. Defensoria Pública. Ministério Público. Reincidência. Pacote Anticrime. Processo Penal. Justiça Penal Negociada.

ABSTRACT

The present article will investigate the Penal Non-Persecution Agreement, seeking to ascertain its origin and its operation by the Public Attorneys. Considering its origin and conditions of applicability, can the Penal Non-Persecution Agreement can be operationalized efficiently? This research utilizes the deductive reasoning as method of approach, which will consist in the indirect analysis of the source bibliography, such as doctrinal or normative material.

KEYWORDS: Agreement. Criminal prosecution. Public attorney. Recurrence. Anti-crime package. Criminal proceedings. Negotiated Criminal Justice.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Origem da justiça penal negociada. 3 Histórico no Brasil. 4 O Acordo de Não Persecução Penal. 5 Operacionalização do acordo pelas Defensorias Públicas. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

1 Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), cursou na forma de extensão Antropologia e Arqueologia Forense pela Universidade de Durham, Reino Unido. Atualmente, atua como estagiária forense na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: laramariaww@hotmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Atuou como extensionista pelo Programa Polos de Cidadania da UFMG e orientador da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. Foi analista da Defensoria Pública do Rio de Janeiro entre 2016 e 2017. Atualmente, é Técnico Administrativo da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul desde 2018. E-mail: tarcisio-junior@defensoria.rs.def.br.

1 INTRODUÇÃO

Os dispositivos do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) têm como objetivo combater a violência, a criminalidade, a corrupção e reduzir o estrangulamento do sistema de justiça criminal.

A citada Lei promoveu mudanças na legislação penal e processual penal. Nesse âmbito, o artigo 28-A, que é objeto de análise do presente artigo, trata da criação legislativa do Acordo de Não Persecução Penal para crimes de média gravidade e tem por objetivo evitar o ajuizamento da denúncia, introduzindo uma nova forma de aplicação da justiça penal negociada na legislação brasileira.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar o Acordo de Não Persecução Penal, sob a perspectiva de sua origem, condições e a atuação da Defensoria Pública. Desse modo, o problema que norteou a pesquisa foi: Considerando sua origem e condições de aplicabilidade, o Acordo de Não Persecução Penal poderá ser operacionalizado de forma eficiente, atingindo os objetivos elencados, sem acirrar o caráter seletivista e punitivo do sistema processual penal brasileiro?

Este artigo possui o método de abordagem que servirá de referência para análise das ideias, informações e resultados desta pesquisa é o método dedutivo e a técnica de pesquisa consistirá na investigação de documentação indireta através de pesquisa bibliográfica com exame de fontes normativas e doutrinárias de maneira que examina informações já demonstradas em outros documentos.

Assim, será tratado da origem da justiça penal negociada no sistema jurídico *common law*, seguido pelo histórico de aplicação no Brasil de institutos semelhantes e que possuem a mesma ascendência. Além disso, serão evidenciadas as características e condições do Acordo de Não Persecução Penal e, por fim, analisada a operacionalização do acordo pelas Defensorias Públicas.

2 ORIGEM DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Primordialmente, destaca-se que os sistemas jurídicos *common law* e *civil law*, baseados em costumes e na lei positivada, respectivamente, possuem peculiaridades e merecem relevância. Dessa vista, a fixação de sistema jurídico denotam a cultura e a herança histórica do seu povo.

Nos Estados Unidos, país que adota o sistema *common law*, utilizam a justiça penal negociada, chamando-a de *plea bargaining*. O acordo, nesse caso, exige a admissão de culpa e permite a negociação acerca do tipo penal, da pena, forma de execução e eventual perda de bens, dentre outros aspectos relevantes. A negociação é aplicável a qualquer espécie de delito e pode ser feita diretamente junto ao órgão acusador, sem participação de um juiz de direito.

Trata-se de instituto muito utilizado no sistema americano e sua aplicação é muito questionada especialmente em razão do encarceramento em massa existente por lá na atualidade (BERTI, 2019, p. 196).

Outro país filiado ao sistema *common law* que faz uso da justiça penal negociada é a Inglaterra, chamando-a de *plea of guilty*, a qual também parte do pressuposto de negociação extraprocessual entre acusação e defesa. Assim como nos moldes supramencionados, nos acordos ingleses também é necessária declaração de culpa, em contraponto, o acusado recebe uma concessão, que pode ser a redução da pena imposta (FIGUEIRÊDO, 2019).

A Alemanha, que adota o sistema *civil law*, por sua vez, tem um instituto semelhante ao Acordo de Não Persecução Penal inserido no sistema brasileiro, que já é aplicado desde a década de 1970. Tal instituto, criado e regulamentado, inicialmente, por meio de regramento administrativo, sem força de lei, era aplicável de forma ampla, inclusive em casos que tratassem de delitos cometidos mediante violência, estabelecendo que, com a confissão do delito, o processo seria agilizado e a pena contraída.

Somente no ano de 2009, o acordo no âmbito penal foi introduzido na legislação alemã. Entretanto, diferenciou-se do sistema adotado pelo ordenamento brasileiro na medida em que quem propõe o acordo é o magistrado. Porém, a questão continuou sendo altamente polêmica por tutelar, com limitações ao devido processo legal, acerca da segurança pública e do *status libertatis* (ANDRADE, BRANDALISE. 2017. p. 244).

Outro caso no direito comparado imprescindível de citação é o de Portugal, que, à visão do Código Penal de 1982, operou uma das mais extensas ações descriminalizadoras e despenalizadoras. No entanto, houve a descriminalização de alguns tipos penais e criminalização mais severa de outros delitos (COSTA. 2013. p.89).

Em suma, a primeira inclusão de um instituto semelhante ao Acordo de Não Persecução Penal em Portugal ocorreu pela via administrativa por iniciativa do Ministério Público, gerou polêmica, aportando ao Supremo Tribunal de Justiça português, que o instituto, tal como previsto e criado, feria o princípio da legalidade:

Em decisão, a citada Corte entendeu que a aceitação de acordos de sentença, dentro do contexto lusitano, fere o princípio da legalidade, dado que inexistente previsão legal expressa em tal sentido. Assim, em razão de o Código de Processo Penal português, em seu artigo 126, nº 1, alínea “e” 31, prescrever que a promessa de vantagem legalmente inadmissível é um método proibido de prova, entendeu-se que a prova obtida mediante o acordo era proibida [...]. Por conta disto, houve um recuo do Ministério Público português [...] determinando a abstenção de promoção ou aceitação da celebração de acordos sobre sentenças penais. (ANDRADE; BRANDALISE. p.247)

Assevera-se que o Acordo de Não Persecução Penal se baseia na justiça negociada, proveniente do sistema *common law*, sendo posteriormente adaptado e inserido em diversos países que adotam o sistema *civil law*.

Todavia, cumpre destacar que o consenso como modelo de justiça criminal é típico de um estado liberal, sendo que, na questão processual, há a simulação ou reprodução de um modelo típico de relacionamento social, o contrato. Não é esta a concepção do direito penal na tradição europeia, e concretamente na portuguesa, as sanções são apenas para fins públicos (preventivo, geral e especial ou retribuição) (COSTA. 2013. p. 94).

3 HISTÓRICO NO BRASIL

Primeiramente, destaca-se que a aplicação de acordos de colaboração criminal é essencialmente do macrossistema de Justiça Penal Negociada instituído nas Leis nº 9.099/1995 e nº 12.850/2013, sendo que a primeira trata da transação penal e da suspensão condicional do processo, e a segunda tutela acerca dos acordos de colaboração antes esparsamente previstos em diversos diplomas.

Ademais, a justiça negociada no âmbito brasileiro foi introduzida sob uma nova forma de aplicação com a instituição da Delação Premiada, após a promulgação da Lei 12.850/13. Sem dúvida, a implantação do referido instituto trouxe inúmeras implicações para o sistema processual penal brasileiro, que adota o *civil law*, em tese, acusatório, mas com forte caráter inquisitório.

Analisando a inserção da Delação Premiada no Brasil, verifica-se que a sua utilização vem sendo banalizada e também sendo feita de forma pouco uniformizada. Tais fatores contribuem com o incremento da inquisitorialidade do procedimento penal ao fragilizar garantias fundamentais do indivíduo, como a ampla defesa e o contraditório (BERTI, 2019, p. 196).

Importante ressaltar ainda, neste ponto, que a constitucionalidade da investigação criminal presidida pelo Ministério Público foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593.727 (BRASIL. STF. 2015). Após alguns embates jurídicos, que perduraram por anos, houve regulamentação do procedimento investigatório criminal, adequando-se a preservação dos direitos e garantias de todos os sujeitos.

Nesse contexto, a cobertura midiática da Operação Lava Jato, na qual o instituto da Delação Premiada foi e é amplamente utilizado, apresentou uma nova faceta ao debate das políticas públicas de combate à criminalidade, com a espetacularização do processo penal.

Por meio da referida cobertura, alguns atores do processo penal (juízes, promotores, policiais e etc.) ganharam grande (e talvez indesejada) visibilidade, passando a ser tratados pela mídia e pela população como celebridades, ou “pop stars” da justiça (SEGURADO. 2017. p.05).

No âmbito da exposição midiática, é imprescindível mencionar o caso do ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil e ex-Juiz Federal, Sérgio Moro:

Moro já se comparou a Eliot Ness, do filme os Intocáveis [...] A comparação com o filme expressa a forma como o juiz se apropria de figuras características da indústria cultura para promover sua imagem, adotando um roteiro com a estética hollywoodiana. [...] O processo de divulgação das informações da Lava Jato segue um roteiro com elementos que conjugam espetacularização da corrupção e criminalização da política, resultando num descrédito da população em relação à política e, conseqüentemente ao afastamento dos cidadãos num cenário em que e aprofunda o desinteresse pela política (p.12-13).

Com a exposição midiática da Operação Lava Jato, do combate à corrupção e com o ingresso de Moro no Governo como Ministro da Justiça, já com status de celebridade, se iniciou um movimento ainda mais forte para a aprovação de medidas de combate à criminalidade e à corrupção.

Nessas circunstâncias, foi apresentado o Pacote Anticrime, de autoria do então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, que tinha como uma de suas pedras fundamentais a implantação da justiça penal negociada.

No entanto, antes da implantação desta adaptação do *plea bargaining* americano por meio do Pacote Anticrime, sua primeira inserção no âmbito jurídico nacional ocorreu pela via administrativa, assim como ocorreu em Portugal, com artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que tratou da instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público (BERTI, 2019, p. 196).

A proposta apresentada pela Comissão de Estudos do CNMP representou uma quebra de procedimento, visto que permitia a interrupção dos atos investigatórios antes da finalização da elucidação dos fatos, ou permitia, até mesmo, que os atos investigativos sequer fossem iniciados, ao estipular que o acordo fosse celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

A seguir, a redação original do art. 18 da Resolução 181 de 2017:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não [...]

Com a publicação da resolução citada, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIn's nº 5.790 e 5.793), uma pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFAOB) e a outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), sendo que nenhuma das medidas requeridas nas Ações Indiretas foi apreciada (BRASIL. STF. 2017).

Com isso, o CNMP editou uma nova resolução (nº 183 de 2018), para suprir as inconstitucionalidades alegadas nas ADIn's.

Todavia, as críticas ao Acordo de Não Persecução Penal permaneceram, principalmente as que argumentavam que havia uma violação ao princípio do devido processo legal e que a edição das Resoluções representava usurpação de competência pelo Ministério Público.

Posteriormente, todo o debate em torno da adequação e da eficiência da proposta apresentada pelo CNMP perdeu parcialmente o objeto no momento em que a referida proposta foi encampada pelo projeto do Pacote Anticrime e posteriormente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 13.964 em dezembro de 2019, que incluiu o Acordo de Não Persecução Penal no art. 28-A do Código de Processo Penal.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei nº 13.964/19, chamada de Pacote Anticrime, incluiu o artigo 28-A e seus quatorze parágrafos ao Código de Processo Penal, concedendo a possibilidade do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), que trata de uma condição de transação entre o Ministério Público e o suposto infrator, que se assemelha à aplicação da Transação Penal, mas tem por objetivo evitar o ajuizamento da denúncia. Nesse ponto, elenca-se o artigo que rege o Acordo de Não Persecução Penal (BRASIL, 2019):

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

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- 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);
- 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
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. [...]

Nesse ponto, menciona-se que, para aferição da pena mínima cominada ao delito serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Nesse ponto, é imprescindível frisar que o Acordo de Não Persecução Penal foi criado para ser firmado antes do oferecimento de denúncia ou queixa, assim não há de se falar em pena ou causas de aumento ou diminuição desta, uma vez que tais só são verificadas pelo juiz na terceira fase da dosimetria da pena de uma sentença penal condenatória.

A princípio, cumpre salientar o pensamento do Doutor Marcio Guedes Berti (2019, p. 195):

Registre-se ainda que chega ser absurda a ideia de que um acordo onde se pretende evitar o processo possa estabelecer pena, condenação; ora, desde sempre se sabe que não há pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*).

Ademais, instala-se um paradoxo, afinal, se o acordo é para evitar o processo, como pode estabelecer uma pena (condenação)?

De outra vista, o citado acordo se diferencia do Acordo de Transação Penal nos seguintes aspectos: 1) o Acordo de Não Persecução Penal exige a confissão do réu; 2) possui o requisito específico de que o crime investigado não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça; e 3) o réu renuncia a bens indicados como instrumento, produto ou proveito do crime.

O referido dispositivo legal apresenta questões polêmicas e de eficácia duvidosa para combater a violência, a criminalidade e a corrupção, além de introduzir outra forma de justiça penal negociada na legislação brasileira.

Em suma, o instituto permite o acordo a ser proposto pelo Ministério Público, em crimes com pena mínima abstratamente prevista inferior a quatro anos. Assim, tratará especialmente de infrações penais de menor potencial ofensivo e, especialmente dos chamados crimes de colarinho branco, como lavagem de dinheiro e sonegação tributária.

Para a celebração do acordo, se faz necessária uma análise, por parte da acusação, acerca do preenchimento dos requisitos elencados no dispositivo legal. Se as condições restarem preenchidas no caso em concreto e caso entenda, em análise subjetiva pelo órgão de acusação, que a celebração do acordo será suficiente para a reprovação da conduta e prevenção de reincidência, há a determinação de condições a serem cumpridas pelo investigado (BRASIL, 2019).

Assim, o artigo 28-A do Pacote Anticrime, nas hipóteses em que se permite a aplicação do instituto, centraliza no Ministério Público as funções de acusar, julgar e punir.

Do ponto de vista do indivíduo submetido a um ANPP, tal medida não parece ser, nem de longe, tão benéfica quanto aparenta ser. O instituto exige a confissão do indivíduo, limitando significativamente seu direito de defesa em hipótese de eventual descumprimento e continuidade da ação penal. Ademais, além de reduzir outras garantias processuais, há ainda uma limitação ao poder do juiz, que seria, em tese, o agente imparcial, além de aumentar consideravelmente o poder do Ministério Público, que é, em sua essência, o órgão acusador (BERTI. 2019. p. 202-203).

Devido a essa monopolização nas mãos do Ministério Público, ao juiz caberá exclusivamente realizar uma audiência para verificação da legalidade do

oferecimento do acordo e da voluntariedade do investigado, por meio da oitiva deste acompanhado de seu defensor. Assim, o magistrado resta desobrigado de analisar e sentenciar o caso.

Caso o magistrado verifique que o acordo não cumpre os requisitos legais ou se as condições acordadas se apresentarem abusivas, inadequadas ou insuficientes, os autos serão retornados ao Ministério Público para reforma do acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Sendo recusada a homologação do acordo pelo magistrado, por não restarem atendidos os requisitos legais impostos ou por não ter sido realizada a reforma supramencionada, os autos retornarão ao Ministério Público para análise de ajuizamento de denúncia ou complementação da investigação criminal.

Por outro lado, sendo homologado o Acordo de Não Persecução Penal, os autos serão enviados ao Ministério Público, para execução do acordo perante o Juízo de Execução Penal. Sendo o acordo cumprido de forma integral, o Juiz declarará extinta a punibilidade do agente.

Importante notar que, até que ocorra o integral cumprimento e a consequente extinção da punibilidade, o ANPP não faz coisa julgada material. Logo, com o seu descumprimento, haverá a rescisão do acordo e o Ministério Público, caso entenda serem suficientes as diligências investigatórias já realizadas, oferecerá a denúncia. Nos mesmos moldes da Transação Penal, o descumprimento deve ser comunicado pelo Ministério Público ao Juiz, para fins de rescisão do acordo e posterior formalização da acusação.

Ainda tratando da hipótese de descumprimento do acordo, o órgão acusador poderá considerar o referido descumprimento para não oferecer Proposta de Suspensão Condicional do Processo, caso cabível.

Caso o órgão responsável não ofereça proposta de ANPP, sendo esta cabível no caso em concreto, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, para que seja revisada a decisão.

Em se tratando de crimes sujeitos à Ação Penal Privada, não há previsão legal para o oferecimento do ANPP. Todavia, há a tendência de que a jurisprudência se manifeste no mesmo sentido da aplicação da Transação Penal, conferindo à vítima o direito de oferecer a proposta. Uma aplicação literal do art. 28-A nos casos de crimes de Ação Penal Privada transferiria ao Ministério Público a negociação de um direito do ofendido (ARAUJO. 2020. p.31).

Com relação às causas impeditivas à celebração do ANPP, conforme já mencionado no presente artigo, o instituto em estudo somente será ofertado após análise de cabimento dos requisitos expostos no art. 28-A do Código de Processo Penal. Nesse ponto, caso a hipótese em avaliação trate de infração de menor potencial ofensivo, em que se verifique a possibilidade de oferecimento da Transação Penal, não será cabível a aplicação do ANPP.

Ademais, sendo o investigado reincidente ou existindo provas de uma conduta criminal habitual, salvo se insignificantes, não será possível o oferecimento do acordo.

Outro requisito impeditivo é o fato do infrator ter sido beneficiado por Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo ou por ANPP, durante os cinco anos antecedentes ao cometimento da infração do caso analisado.

Nesse sentido, é importante enfatizar que a celebração do ANPP não constará na certidão de antecedentes criminais, exceto para impedir nova concessão do benefício pelos próximos 05 (cinco) anos.

Além disso, não cabe o oferecimento do acordo em crimes praticados mediante violência, grave ameaça ou contra mulher por razões do sexo feminino, bem como no âmbito de violência doméstica.

Por fim, cumpre salientar que o Pacote Anticrime incluiu uma nova causa impeditiva de prescrição. Nos termos do inciso IV do artigo 116 do Código Penal, não ocorrerá prescrição enquanto não cumprido ou não rescindido o ANPP (BRASIL, 2019).

Não se questiona o fato de que o ANPP pode representar significativos avanços na celeridade do processo de persecução penal. No entanto, a flexibilização de procedimentos e garantias traz diversos pontos negativos e questões que merecem análise e debate aprofundado pelo operador do Direito.

5 OPERACIONALIZAÇÃO DO ACORDO PELAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

Em pesquisa realizada junto às Defensorias Públicas Estaduais pelo Brasil, acerca da existência de algum tipo de orientação, positivada ou não, para atuação dos Defensores nos Acordos de Não Persecução Penal, verificou-se que:

- No Amapá, foi realizada uma primeira reunião conjunta entre Defensoria Pública e Ministério Público sobre tema, mas ainda não foi editada nenhuma orientação ou normativa;
- Na Bahia houve, uma discussão entre os defensores criminais e a coordenação da área especializada, porém não houve nenhuma regulamentação, de modo que fica a critério de Defensor Público decidir se vai atuar ou não em Acordos de Não Persecução Penal. Não há também nenhuma orientação quanto à forma de atuação;
- No Maranhão há tratativas para positivação, porém fica a cargo de cada Defensor Público;
- No Mato Grosso, a Defensoria não possui ainda uniformização quanto ao procedimento dos Acordos de Não Persecução Penal. Foi informado que tal situação se deve à autonomia dos Magistrados quanto a sua atuação e o fato de o próprio Tribunal de Justiça do Estado não ter padronizado a atividade nesse sentido;
- Em Minas Gerais, foram editados enunciados, após realização de reunião aberta para toda a classe na sede da Defensoria do Estado, sendo os que tratam acerca do Acordo de Não Persecução Penal:

Enunciado 17: O artigo 28-A do CPP é aplicável aos feitos em curso e em qualquer fase processual, visto que se trata de norma que também possui caráter penal e consiste em direito subjetivo do indivíduo.

Enunciado 18: O prazo determinado para a condição do inciso V, do artigo 28-A, do CPP, não pode ser superior àquele previsto no artigo 28-A, III, do CPP, ou seja, àquele correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, já que uma condição genérica não pode perdurar por tempo superior a obrigação de natureza penal.

Enunciado 19: Ante a notícia de descumprimento de condição estipulada no acordo de não persecução penal (artigo 28-A, §10, do CPP), em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente determinados, a análise da rescisão pressupõe a oitiva do investigado e da defesa técnica.

- Em São Paulo, ocorreu um curso no âmbito interno da Defensoria Pública para debate acerca de questões como a obrigatoriedade da confissão;
- Em Tocantins, há um estudo em andamento, ainda sem prazo para conclusão;
- As Defensorias Públicas do Espírito Santo e do Rio de Janeiro indicaram ainda não haver orientação nesse âmbito.

- Quanto às Defensorias dos demais Estados, não houve resposta até o momento de submissão do presente artigo.

Dessa vista, depreende-se que ainda se trata de tema novo e a grande maioria das Defensorias Públicas não possui orientações positivadas ou estratégias de atuação.

Ainda assim, a Defensoria do Rio Grande do Sul (DPE/RS) saiu à frente, ao passo que disponibilizou aos membros da instituição, em junho de 2020, o “Manual para atuação em acordo de não persecução penal (ANPP)”, organizado pelo Núcleo de Defesa Criminal.

Nesse ponto, denota-se que, com ênfase na justiça penal negociada, existe uma gama muito grande de crimes que podem ser objeto do ANPP. O cenário é muito novo e a aplicação deve ser pensada para que o consenso seja o norte desse novo instituto, conforme destacou o Defensor Público Andrey Régis de Melo, em entrevista concedida à Radioweb da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (ANDREY RÉGIS DE MELO. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

De acordo com o referido manual, deve-se atentar para a presença dos pressupostos de validade do consenso, sendo necessário, portanto, para a perfectibilização do acordo e a validade da negociação, que se verifiquem os seguintes quesitos: voluntariedade, informação prévia suficiente, adequação da proposta e participação da defesa técnica.

Orienta ainda no sentido de considerar insuficiente que o único ato formal de investigação seja o mero registro de boletim de ocorrência policial, de forma que os defensores devem participar de forma ativa na construção do acordo, sob pena de nulidade do pacto, nos termos do enunciado da Súmula 523 do STF (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 09-10).

Nesse ponto, conforme já mencionado neste artigo, a aplicação da justiça negociada no âmbito criminal não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, essas negociações trazem problemas, no que diz respeito aos poderes de barganha dentro de uma negociação, principalmente no que concerne aos assistidos da Defensoria Pública, conforme também destacado pelo Defensor Público Cristiano Bertuol (CRISTIANO BERTUOL. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

Ainda sobre essa questão, o Defensor Público Cristiano Bertuol, em entrevista à Radioweb da DPE/RS, destacou a importância da negociação para a celebração

de eventual Acordo de Não Persecução Penal. Deve-se garantir que ocorra um efetivo debate acerca do acordo, para que cada parte ceda um pouco.

Nesse sentido, a justiça penal negociada, quando aplicada através da celebração do referido acordo em casos que tratem de complexos crimes financeiros, como empresariais e de corrupção, há linhas de negociação a tomar, fato que não ocorre, via de regra, nos casos atendidos pela Defensoria, uma vez que se tratam de crimes do cotidiano da população hipossuficiente e que representa a maioria absoluta dos casos tratados pela justiça penal.

No que concerne ao prazo para análise da proposta, o manual da DPE/RS assinala a lacuna legislativa nesse ponto e orienta a razoabilidade no prazo de dez dias, conforme previsto no art. 396 do CPP, sugerindo-se ao Defensor ou Defensora Pública manifestar-se por escrito nesse sentido (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 11).

Outro ponto que merece destaque é a hipervalorização da figura do acusador nas negociações de Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo. Logo, é um grande desafio para a defesa técnica garantir que no Acordo de Não Persecução Penal haja uma negociação em patamar de igualdade (ANDREY RÉGIS DE MELO. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

Cumprir mencionar, conforme destacado pela Defensora Pública Paula Gerrero Moyses, a celebração do acordo pode representar uma forma de coação contra o investigado. A Defensora relata ter presenciado muitos assistidos aceitarem a proposta pelo medo de serem processados penalmente mesmo com ela informando que não havia chances de condenação, pois não havia suficiência de provas.

Além disso, a Defensora Pública supramencionada relatou ainda que, na comarca de Frederico Westphalen, houve impugnações de proposta do Acordo de Não Persecução Penal. No entanto, o Ministério Público sempre manteve a mesma proposta, evidenciando que têm ocorrido negociações unilaterais durante a celebração do acordo. (Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

Outro ponto que merece destaque acerca da operacionalização do Acordo de Não Persecução Penal pelas Defensorias Públicas é que sua aplicação está relacionada à dinâmica social da Comarca. Em comunidades menores, delitos pequenos são muito repercutidos e indivíduos que praticam esses pequenos delitos tornam-se conhecidos pela acusação, mesmo sendo primários, de forma que prevalece o entendimento, pelo órgão acusador, de que a negociação não será

eficaz para a repreensão e prevenção de delitos com relação a esses agentes o (PAULA GUERRERO MOYSES e CRISTIANO BERTUOL. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

O já referido manual orienta ainda que, se devidamente preenchidos os requisitos legais e ausentes as causas impeditivas, o Ministério Público recusar a apresentação da proposta de Acordo de Não Persecução Penal, o Defensor ou Defensora Pública deve encaminhar um pedido de reconsideração. Não sendo este acolhido, deve ser efetuada a impugnação judicial antes ou após o oferecimento da denúncia (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 12-13).

Quanto à análise da proposta, é imprescindível que a defesa acesse o conteúdo investigatório, conforme permite a Súmula Vinculante nº 14. Ademais, a readequação judicial do acordo só deve ocorrer se houver nulidade de ofício ou mudança benéfica para o investigado, sob pena de violação do sistema acusatório (CRISTIANO BERTUOL. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

A confissão circunstancial, requisito obrigatório para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal, ocorre em desobservância ao princípio do contraditório. Pela regra do art. 3º-B do CPP, atualmente suspensa por medida cautelar na ADI nº 6.299, a confissão circunstancial integraria os autos acautelados na secretaria do juízo de garantias, de forma que não poderia ser utilizada como elemento probatório, de acordo com as orientações do manual (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 16).

Outrossim, o Manual disponibilizado pela DPE/RS orienta acerca da necessidade de participação da vítima na audiência, caso conste no acordo cláusula de reparação do dano à vítima, visando maior pacificação do conflito, embora o parágrafo §9º do artigo 28-A indique apenas a necessidade de intimação da vítima acerca do acordo firmado (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 17).

Por fim, o mencionado Manual produzido pelo Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul indica que o Acordo de Não Persecução Penal encontra-se em zona gris, de modo que há muito terreno na seara jurídica a ser desbravado pelos seus atores até que o cenário esteja mais claro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização do Acordo de Não Persecução Penal em larga escala, mediante a análise dos requisitos mencionados anteriormente, é possível, de fato, vislumbrar uma economia significativa aos cofres públicos. Um processo criminal demanda organização, estrutura e esforço humano tanto no Judiciário, quanto no Ministério Público e Defensoria. O custo-benefício, do ponto de vista do combate à criminalidade, se vê reduzido especialmente em delitos de menor potencial ofensivo, que poderiam muitas vezes ser sanados apenas na seara cível, ou, pelo menos, de maneira mais célere.

Nesse âmbito, o jurista Eduardo Maia Costa (2013, p. 87-88) elucida que a eficiência penal com a barganha se mostra em dois extremos: ou ela ocorre de forma efetiva ou não ocorre. Porém, indica a existência de uma tendência de adoção, pelo sistema judicial, da prática empresarial: menos custos, em menos tempo, mais produtos acabados. Em outras palavras, mais processos findos e arquivados, um “eficientismo” análogo ao fordismo.

Ademais, é importante observar que o sistema de justiça brasileiro apresenta forte caráter punitivista. É corriqueiro, durante a operação do processo penal, que não se observe princípios e garantias básicas do acusado. Da mesma forma, há muitas condenações impostas sem uma efetiva comprovação probatória (CRISTIANO BERTUOL. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

Nesse âmbito, a introdução do Acordo de Não Persecução Penal gera preocupações no mundo jurídico, uma vez que o Sistema Processual brasileiro é dotado de forte viés inquisitorial, como elucida Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2017, p.110):

[...] mostrar que o Sistema Processual Penal brasileiro é inquisitório é despiciendo: hoje ninguém mais, em sendo sério, duvida disso! Afinal, todos estão sofrendo na carne os resultados dele! E assim não seria, por infundáveis razões, se o sistema fosse o acusatório, de todo o compatível com a CR e encastelado nela, mas negado na prática.

Nesse âmbito, elucida-se que a barganha não deve ser entendida como um instrumento judicial capaz de remediar deficiências estruturais (MOSCATELLI, ARIANO. 2019. p.18).

Uma das questões relevantes a ser analisada é o possível acirramento da seletividade penal já presente de forma marcante no sistema nacional.

Ao se analisar os requisitos e condicionantes à aplicação da ANPP, verifica-se que o referido instituto terá pouca aplicabilidade com relação aos delitos mais comumente presentes na justiça criminal e que afligem de forma especial a camada mais carente da sociedade: crimes contra a integridade corporal, aqui incluídos aqueles cometidos no âmbito doméstico; crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas.

A maior parte dos delitos de menor potencial ofensivo, que poderiam ser objeto de ANPP, já são objetos de transação penal ou de suspensão condicional do processo, especialmente no que se refere a delitos comumente cometidos pela população carente. Observa-se apenas a possibilidade de inclusão dos crimes contra o patrimônio praticados sem violência.

Por outro lado, a aplicação do ANPP se dará em maior escala com relação aos chamados crimes de colarinho branco, como lavagem de dinheiro, sonegação tributária, corrupção passiva e ativa, dentre outros, casos em que seriam inaplicáveis a transação penal ou a suspensão condicional do processo.

Outro ponto imprescindível de ser mencionado trata da tentativa, por uma derradeira vez, da utilização do Direito Penal como instrumento de política pública e social. Tal utilização ocorre, como sempre, instrumentalizada pela ênfase da “crise” do sistema processual penal. A propagação midiática de um sentimento de desconfiança por parte da população relativamente ao funcionamento da justiça penal cria uma falsa de impunidade (que, em verdade, também é seletiva), que aumenta a pressão por endurecimento penal como forma de combate ao crime e à violência.

Assim, considerando a origem e condições de aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal, conclui-se que para uma operacionalização efetiva e funcional desse instituto será necessário um amadurecimento dos aplicadores do Direito, de forma que se tenha mais cautela para tornar o sistema menos punitivista e menos seletivo. Além disso, será necessária muita atenção e firmeza pelos agentes que atuam na defesa do acusado, para garantir que não sejam violadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, é possível chegar a uma segunda conclusão: o instituto apresenta forte potencial de acirramento da seletividade penal, na medida em que representará possibilidade de desencarceramento que se aplicará, em boa medida, a crimes ditos de “alta classe”.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

ARAUJO, Renan. **Pacote Anticrime: Reflexos no Código Penal e Código de Processo Penal.** Edição. São Paulo: Estratégia Carreira Jurídica, 2020. p. 26-31.

BERTI, Marcio Guedes. **Análise da proposta de inclusão dos artigos 28-a e 395-a no código de processo penal: *plea bargain* – a justiça penal negociada.** p. 195-210. Livro eletrônico: Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime". Organizadores Lucas P. Carapiá Rios, Luiz Gabriel Batista Neves, Vinícius de Souza Assumpção. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.790.** 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>>, acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.793.** 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>>, acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019:** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília/DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 593727/MG**, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015. (Informativo 785). Disponível em: <file:///C:/Users/Biblionet/Downloads/texto_307671331.pdf> Acesso em: 18 abril 2016.

BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017:** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília/DF.. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 20 abril 2020.

BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018:** Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília/DF. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>. Acesso em: 10 de junho 2020.

COSTA, Eduardo Maia. **Justiça negociada: do logro da eficiência**

À degradação do processo equitativo. Julgar nº19. Editora Coimbra. 2013. Disponível em <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/087-097-Justi%C3%A7a-negociada.pdf>> Acesso em 02 jul 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina.** Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Leonardo Costa de Paula, Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Manual para atuação em acordo de não persecução penal (ANPP).** Núcleo de Defesa Criminal. Porto Alegre, 2020.

FIGUEIRÊDO, Laíla. **Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha.** JUS, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha#:~:text=Por%20fim%2C%20o%20modelo%20consensual,a%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20ou%20o%20consenso.&text=J%C3%A1%20o%20modelo%20da%20justi%C3%A7a,culpabilidade%20na%20pr%C3%A1tica%20do%20delito.>> Acesso em 11 jul 2020.

LEBRE, Marcelo. **Pacote Anticrime: Anotações sobre os impactos processuais e penais.** Escola de Advocacia. Editora Approvare. Curitiba, 2020.

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. ARIANO, Raul Abramo. **O acordo de barganha e o inexorável avanço da justiça consensual.** Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 27, nº 321, 2019. Disponível em <<https://www.academia.edu/download/62536350/BOLETIM20200329-79440-uqaywm.pdf>> Acesso em 14 de jun de 2020

RADIOWEB DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RS. **Acordos de não persecução penal – DPE.** Entrevista: Dr. Andrey Régis de Melo, Dra. Paula Guerrero Moyses e Dr. Cristiano Bertuol. *Podcast.* 2020. Disponível em <<https://open.spotify.com/episode/25HjJF0YzRBeEiAaYCIS4T?si=8qFDkydBRmqRVMJ9DBvdMw>> Acesso em 26 jun 2020.

RIOS, Lucas P. Carapiá. NEVES, Luiz Gabriel Batista. ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Estudos temáticos sobre o “pacote anticrime”** (livro eletrônico) 1ªed. São Paulo. Tirant lo Blanch, 2019. p. 195-210.

SEGURADO, Rosemary. **A corrupção entre o espetáculo e transparência das investigações: análise da atuação da polícia federal no âmbito da operação Lava Jato.** Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero. 2017. p. 05-15.