

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

BRIEF CONSIDERATIONS ON THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

Rafael Junior Soares

Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP Professor de Direito Penal da PUC/PR.

Luiz Antonio Borri

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Professor de Direito Penal da Unicesumar. Advogado.

Lucas Andrey Battini

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL. Pós-Graduando em Direito Penal Econômico e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Advogado.

Recebido em: 13/03/2020

Aprovado em: 16/05/2020

Última versão do autor em: 22/05/2020

Área: Direito Processual Penal

Resumo: A Lei 13.964/19, também conhecida como Lei Anticrime, trouxe uma série de inovações para o sistema de justiça criminal. Uma das principais modificações consiste no acordo de não persecução penal, o qual ampliou o modelo negocial. A perspectiva de justiça negociada mediante a participação do Ministério Público e defesa, com o enaltecimento de uma solução célere e econômica para determinados conflitos é medida viável e contribui para a resolução dos processos. No entanto, a inserção do novo instituto na legislação processual penal traz dificuldades operacionais que merecem exame mais acurado por meio do presente trabalho.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Justiça negocial. Lei Anticrime.

Abstract: Law 13.964 / 19, also known as the Anti-Crime Law, brought a series of innovations to the criminal justice system. One of the main changes is

the agreement of no criminal prosecution, which expanded the business model. The perspective of justice negotiated through the participation of the Public Prosecutor and defense, with the praise of a quick and economical solution to certain conflicts is a viable measure and contributes to the resolution of the cases. However, the insertion of the new institute in the criminal procedural legislation brings operational difficulties that deserve a more accurate examination by means of the present work.

Keywords: *Agreement of no criminal prosecution. Bargained justice. Anti-Crime Law.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Requisitos, proibições e condições do acordo de não persecução penal. 3. Da necessidade de confissão para consecução do acordo. 4. Da questão intertemporal para aplicabilidade do instituto. 5. Da atuação da defesa no acordo de persecução penal. 6. O acordo de não persecução penal e os crimes hediondos ou equiparados. 7. O reflexo da desclassificação e absolvição para proposta de acordo. 8. Conclusão.

1. Introdução

A recém-aprovada Lei 13.964/19, popularmente conhecida como Lei Anticrime, instituiu profundas alterações que envolvem o sistema de justiça criminal, tendo em vista que introduziu reformulações no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos, Lei de Interceptação Telefônica dentre outros diplomas legais.

A nova lei é fruto do debate travado no Congresso Nacional que examinou emendas parlamentares, o Projeto de Lei 10.372/2018, formulado por comissão de juristas presidida pelo então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, do Projeto de Lei 10.373/2018¹ e do Projeto de Lei 882/2019, enviado pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro. Vale dizer, inclusive, que o assunto também se insere no Projeto de Lei 8.045/2010 do Senado, que pretende alterar o Código de Processo Penal, no qual há previsão de acordos da mesma natureza².

¹ A Lei dispõe sobre a Ação Civil Pública de Perdimento de Bens, caracterizada como a perda de bens, direitos ou valores, consistente na extinção do direito de posse e de propriedade, e de todos os demais direitos reais ou pessoais, sobre bens de qualquer natureza e valores que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita.

² Insta salientar que o projeto de lei em questão não cuidou do acordo de não persecução, mas sim de acordo para aplicação antecipada de pena.

Dentre as modificações operadas no ordenamento jurídico, há destaque para o acordo de não persecução penal, que amplia o debate sobre a justiça negociada, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, com a imposição (lógica) de determinados requisitos e condições para a sua incidência.

Dentre as modificações operadas com o aparecimento do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, cabe destacar a inserção de sistemática diferente na lógica dos operadores do direito, em decorrência da possibilidade negocial para encerramento do processo criminal.

Além disso, adveio o art. 116, IV, no Código Penal, art. 16, § 3º, na Lei 8.038/90 e art. 581, XXV, no Código de Processo Penal, os quais complementam o acordo de não persecução penal, ao tratar, respectivamente, de causa impeditiva de prescrição, possibilidade de oferecimento do instituto nas ações penais originárias e cabimento de recurso contra a decisão de não homologação.

Por fim, em razão de o tema reverberar em amplos campos do Direito, bem como em respeito à proposta metodológica e os recortes que nela se fazem imprescindíveis, o trabalho, a partir da técnica de revisão bibliográfica, limitar-se-á a apresentar considerações gerais e introdutórias sobre requisitos e vedações do acordo de não persecução penal, para que se possa chegar à problemática central, consubstanciada nos pontos que podem gerar discussões na prática forense: a) necessidade de confissão para a realização do acordo; b) questão intertemporal para sua aplicabilidade; c) a atuação da defesa com relação ao instituto; d) a possibilidade de celebração do pacto envolvendo crimes hediondos; e, e) reflexos da desclassificação e absolvição para a proposta de acordo.

2. Requisitos, proibições e condições do acordo de não persecução penal

O primeiro ponto que merece destaque é a superação da falta de previsão legal, pois o acordo de não persecução penal se apresenta como uma novidade na legislação processual penal, muito embora já houvesse sua estipulação pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio das Resoluções nº 181/2017 e 183/2018³.

³ CABRAL, Rodrigo Leite. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu;

No entanto, observa-se a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Associações dos Magistrados do Brasil (AMB) questionando as resoluções⁴, em especial a usurpação de competência privativa da União, por se tratar de matéria processual penal, vedando-se, portanto, a regulamentação via normas de cunho administrativo.

De qualquer sorte, a falta de lei gerava insegurança jurídica e discussões das mais variadas a respeito da não-obrigatoriedade do acordo⁵, de modo que sua introdução encerra importante debate sobre o uso do instituto, na medida em que há a incorporação no Código de Processo Penal e a aplicação cogente.

O novo instituto se soma aos já existentes mecanismos da justiça criminal negocial⁶ presentes na legislação processual penal, como por exemplo, transação penal, suspensão condicional do processo⁷, no âmbito da Lei 9.099/95, acordos de leniência especialmente disposto na Lei 12.846/13 e, até mesmo, a colaboração premiada, por meio da Lei 12.850/13, apesar de esta última possuir características um pouco distintas⁸.

Há nitidamente uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em prol do princípio da oportunidade e da criação de espaços de consenso no processo penal, afastando-se da consagrada justiça conflitiva.⁹

SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018, p. 19-48.

⁴ ADI 5793 (OAB) e 5790 (AMB).

⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Boletim do IBCCRIM. São Paulo, ano 25, nº. 299, outubro 2017, 7-9.

⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23-24.

⁷ MANDARINO, Renan Posella. *Análise crítica da natureza jurídica da colaboração premiada*. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella Mandarino. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 383-385.

⁸ Vinicius Gomes de Vasconcellos esclarece que na colaboração premiada há uma peculiaridade porque se busca a incriminação de terceiros, além de outros objetivos como recuperação de valores e localização da vítima, ou seja, há um facilitar para a persecução penal. Os demais institutos pressupõem apenas o reconhecimento da própria culpabilidade visando à sanção do acusado. *Op. cit.*, p. 24-25.

⁹ Para um melhor aprofundamento ver: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 97-141.

Em linhas gerais, o acordo de não persecução penal segue lógica semelhante à da Resolução n°. 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público, pois exige os seguintes requisitos para seu oferecimento: i) pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; ii) confissão formal e circunstanciada; iii) crime não cometido com grave ameaça e violência; iv) necessário e suficiente para reprovação do crime.

Apesar de se elencar apenas as quatro exigências, há também vedações apresentadas pelo legislador, assim, não será permitido o acordo: i) se for cabível transação penal; ii) o agente tiver sido agraciado com acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos; iii) ser reincidente ou conduta habitual, reiterada e profissional; iv) crimes praticados no contexto de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher em razão do sexo feminino.

Em caso de aceitação do acordo, serão cumpridas cumulativa ou alternativamente, determinadas condições: i) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; ii) prestação de serviços à comunidade com pena reduzida; iii) prestação pecuniária; iv) outra condição a ser estipulada de acordo com o Ministério Público.

É certo ainda que, algumas soluções já empregadas pelo Poder Judiciário no âmbito da Lei 9.099/95, em relação aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, podem ser transpostas ao acordo de não persecução penal, tal como acontece com a compreensão de seu cabimento em relação às ações penais privadas¹⁰, à sua natureza de direito público subjetivo¹¹ e ainda quanto ao cabimento de *habeas corpus* para discutir a atipicidade da conduta, extinção da punibilidade ou a falta de justa causa para o oferecimento do acordo¹².

¹⁰ “A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.” (RHC 102.381/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018). Na doutrina confira-se: LEWANDOWSKI, Ricardo. Admissibilidade da Suspensão condicional do processo na ação penal privada. In: *Doutrinas essenciais de processo penal*. Org. NUCCL, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza de Assis. v. IV. São Paulo: RT, 2012, p. 1235-1238.

¹¹ Súmula 696, STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

¹² “A realização de acordo de transação penal não enseja a perda de objeto de *habeas corpus* anteriormente impetrado. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma concedeu a ordem

Feitas as considerações gerais a respeito dos requisitos, vedações e condições do acordo de não persecução penal, passa-se a tecer as considerações a respeito de pontos que devem gerar polêmica, principalmente quando o objeto da discussão gira em torno da prática forense.

3. Da necessidade de confissão para consecução do acordo

Um dos pontos de maior polêmica é a exigência de “confissão formal e circunstanciada” como requisito elementar para a consecução do acordo de não persecução penal.

As Resoluções 181/2017 e 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público também exigiam a confissão detalhada dos fatos, com o destaque de que o ato e todas as tratativas deveriam ser registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual. Além disso, houve o acréscimo na última Resolução de que o investigado deveria estar acompanhado de advogado.

No entanto, examinando-se atentamente os dispositivos legais inseridos, denota-se que não há tratamento mais detalhado sobre a forma da confissão, permitindo-se o mau uso da oitiva do investigado.

Aliás, não pode passar despercebida a leitura de John H. Langbein, o qual vislumbra existir relevante paralelo entre as regras da tortura e do *plea bargaining*.¹³ O autor identifica, no século XIII, a superação do modelo de julgamento baseado nas ordálias, surgindo um modelo que pretendia eliminar a discricionariedade humana do julgamento, por isso, exigia, para uma condenação, duas testemunhas oculares do fato, dispensando-se estas numa única hipótese, quando o acusado voluntariamente confessasse.

O sistema então adotado tornava difícil a condenação de criminosos que agiam na clandestinidade, conduzindo assim à mitigação das garantias para fins de admitir as regras acerca da tortura para regular o processo de produção de confissões. Mas, ao menos sob às regras Europeias, a utilização da tortura como método de extração da confissão continuava a exigir requisitos objetivos, já que dependia da presença da denominada meia-prova contra o suspeito (uma testemunha ocular ou provas circunstanciais de gravidade suficiente).¹⁴

de habeas corpus para determinar que o tribunal de justiça analise o mérito da impetração lá formulada.” (Informativo 964 – HC 176785/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17.12.2019.)

¹³ LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 133.

¹⁴ *Idem*, p. 134-135.

Nada obstante essa observação sobre como a suficiência da confissão para fins de condenação ensejou o emprego de métodos de tortura na Europa medieval, verifica-se que o art. 28-A, §3º, do Código de Processo Penal limita-se a afirmar que o acordo será escrito e firmado entre Ministério Público, investigado e defensor. Da mesma forma, a possibilidade dada ao juiz ao homologar em audiência o acordo restringe-se ao contato com o investigado para fins de voluntariedade e legalidade.

Desse modo, a legislação andou mal ao retirar a necessidade, até então estabelecida pelas Resoluções, de que a confissão dos fatos e as tratativas fossem gravadas, permitindo-se, por consequência, o completo controle pelo juiz. De qualquer sorte, o problema reside na necessidade de confissão como requisito para a aplicação do instituto, porquanto aqui há dois pontos importantes a serem examinados.

O primeiro diz respeito à utilidade da confissão em caso de descumprimento do acordo de persecução penal, ou seja, se ela poderia ser utilizada durante a fase de instrução processual. E o segundo ponto na hipótese de cumprimento das condições do acordo, verificando-se a pertinência do emprego da confissão em outras áreas do direito, como por exemplo, cível ou administrativa.

No tocante à situação de descumprimento do acordo, verifica-se que a matéria necessariamente precisa ser conjugada com a aprovação completa da lei, visto que, de acordo com o juiz de garantias e suas regulamentações (art. 3º-B a 3º-F, CPP), o inquérito policial não mais acompanharia o processo-crime, de modo que a confissão ficaria naturalmente excluída da fase de instrução, não se podendo utilizar da declaração do acusado para proferimento de sentença (art. 3º-C, § 3º, CPP).

O dispositivo acima era importante porque afastava a possibilidade de se empregar a confissão para fins de eventual julgamento de mérito, permitindo-se que o acusado apresentasse sua manifestação somente em juízo. Ocorre que, com a suspensão dos dispositivos relativos ao juiz de garantias pelo Ministro Luiz Fux, na ação direta de inconstitucionalidade 6299/DF, não se aplica a regra de exclusão da investigação preliminar.

Assim, com a referida suspensão do juiz de garantias pelo Min. Luiz Fux, o acordo de persecução penal manteve-se vigente, mas sem as regras do juiz de garantias. Ou seja, em caso de descumprimento do acordo, o investigado será denunciado com a inclusão do inquérito policial e, também, a confissão do investigado, na linha do que sempre se trabalhou na lógica processual penal.

É bem verdade que o art. 155 do Código de Processo Penal introduz uma limitação ao livre convencimento motivado, porque não autoriza que o juiz fundamente sua decisão exclusivamente nos elementos informativos da investigação. Por outro lado, a confissão utilizada poderia ser combinada com provas produzidas durante a instrução, o que legitimaria o uso do interrogatório do investigado.

Dessa forma, a análise sistemática das regras relativas ao juiz de garantia, induz à conclusão de que a confissão não poderá ser utilizada em desfavor do investigado, visto que, numa análise comparativa, aquele que confessasse o crime na investigação e depois fosse processado não teria sua palavra usada contra si na etapa judicial.

Em sentido contrário, o Ministério Público de São Paulo¹⁵ e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Ministério Público¹⁶ já expediram a orientação de que a confissão poderá servir de suporte informativo para o oferecimento da peça acusatória.

Ou seja, a confissão somente poderia ser empregada para oferecimento da peça acusatória se vigente o juiz de garantias. Como está suspenso sem qualquer previsão de exame pelo Supremo Tribunal Federal, não há a mínima possibilidade de se admitir a confissão para fins de julgamento de mérito.¹⁷

¹⁵ 24. Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como uns dos elementos para oferta da denúncia. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/correedoria_geral/Publicacoes/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19.pdf>. Acesso em: 11.mar.20.

¹⁶ ENUNCIADO 27 (ART. 28-A, § 10). Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo). Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>. Acesso em: 11.mar.20.

¹⁷ Em nota técnica sobre Pacote Anticrime do IBCCRIM, apresentou claro exemplo dos problemas trazidos pela confissão: “Nesse passo, a exigência de confissão contida na proposta em nada contribui para sua eficiência, além de vulnerar-lhe quanto à constitucionalidade. Na prática, ao exigir a confissão, o projeto faz com que o acusado abra mão do devido processo legal em caso de descumprimento ou revogação dos termos do acordo, dado o peso probatório que os juízes atribuem à confissão. Em outras palavras: é bem possível que alguém, receoso pela perspectiva de responder a um processo criminal que certamente durará anos, confesse falsamente para obter um acordo de não persecução penal. Posteriormente, não tendo condições de, por exemplo, pagar a prestação pecuniária que lhe foi exigida como parte do acordo, venha a ser formalmente processado sendo que sua confissão sobre o crime que

Segundo Rômulo de Andrade Moreira, ainda que tenha existido a confissão pelo investigado “quando interrogado na audiência de instrução e julgamento, não confirmou a confissão, o Juiz não poderá utilizar aquela confissão anterior como supedâneo para uma sentença condenatória”.¹⁸ Na mesma linha Ali Mazloum e Amir Mazloum sustentam que não se pode empregar a confissão porque ainda não há acusação formal, salientando, inclusive, de modo comparativo, que no regime da colaboração premiada, em caso de retratação da proposta, as provas incriminatórias não poderão ser utilizadas contra o colaborador.¹⁹

Ainda, de acordo com Rogério Sanches Cunha:

Apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.²⁰

A doutrina defende ainda que o objetivo da confissão seria meramente processual²¹, com o propósito de esclarecer que o investigado

não cometeu já se encontra nos autos.” Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf>. Acesso em 09 mar.20.

¹⁸ O acordo de não persecução penal. Disponível em: <http://www.justificando.com/2020/01/31/o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 09 mar.20.

¹⁹ MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoes-curso>>. Acesso em: 09 mar.20.

²⁰ *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 129.

²¹ Em texto abordando sobre a confissão no *plea bargain* Brandon L. Garrett afirma que “o acusado geralmente admite atos que satisfazem as elementares do crime – uma admissão legalmente suficiente como garantia, mas normalmente não sob juramento, e normalmente não sustentada por qualquer registro fático exaustivo. Uma vez que os *plea bargains* tipicamente contêm apenas admissões protocolares, eles têm limitados impactos preclusivos nos casos futuros.” (Por que *plea bargains* não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen [Org]. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 61). Mais adiante o autor reconhece também que “como resultado, o acordo em um caso criminal não contém muitas admissões que poderiam ser legalmente relevantes em um futuro litígio.” (*Idem*, p. 66). Ademais, ao debater a eficácia preclusiva da confissão, representada pela impossibilidade de novo julgamento pelo mesmo crime, o autor aponta quatro exigências tradicionais para impedimentos ou questões preclusivas: a) identidade da matéria em ambos os procedimentos; b) a matéria do primeiro procedimento deve ter sido realmente

realmente é a pessoa autora do delito, além de um efeito pedagógico, isto é, o arrependimento pela prática da infração penal. Mesmo assim, a confissão não representaria assunção de culpa, até mesmo porque não se assenta num juízo de irreversibilidade.²²

A segunda questão é bem mais tormentosa. Discute-se o emprego da confissão nas searas cível ou administrativa. Imagine, por exemplo, um servidor público que tenha realizado a confissão para fins de acordo de não persecução penal. A dúvida que surge é se, a título de prova emprestada, a confissão poderá ser empregada para propositura de eventual ação civil pública ou instauração de processo administrativo disciplinar.

Neste caso o que se verifica é que a confissão representa mera formalidade para fins de concretização do acordo, não podendo ser empregada nas demais esferas²³. Em que pese tenha ocorrido a confissão perante o Ministério Público, denota-se que a manifestação do investigado se deu em sede de investigação preliminar, não sendo externado na fase judicial, ou seja, perante o juiz competente.

decidida e litigada; c) deve haver oportunidade integral e justa para o litígio no primeiro procedimento; e d) a matéria anteriormente litigada deve se basear em julgamento válido e final de mérito. (*Op. cit.*, p. 77).

²² SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patricia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018, p. 165-166.

²³ Seguindo a perspectiva de comparar o instituto em análise com outros similares, já incorporados e aplicados na ordem jurídica, pode-se observar que em relação à colaboração premiada admite-se a possibilidade de compartilhar elementos de provas autoincriminatórios produzidos pelo delator, desde que sejam observados os termos do acordo. Ademais, seria cabível o compartilhamento de provas com autoridades que não aderiram ao acordo apenas quando as investigações forem destinadas contra terceiros cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator*. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 87, p. 9-24, maio-jun 2019. No caso específico do acordo de não persecução penal, embora se compreenda pela inviabilidade do emprego da confissão para outros âmbitos, objetivando explicar o porquê os enunciados produzidos no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais não são adequados para resguardar a segurança jurídica, compreende-se que a inobservância dos limites pactuados do acordo de não persecução penal constitui impeditivo ao compartilhamento da confissão para outros procedimentos que objetivem apurar a responsabilidade civil ou administrativa pelos mesmos fatos. Acresça-se que a falta ou insuficiência de informação ao investigado sobre os fins para os quais sua confissão será utilizada, igualmente obsta o seu compartilhamento para outros procedimentos.

Mesmo que se preveja a audiência, a declaração dada pelo investigado ocorreu em momento pretérito, cabendo ao magistrado realizar juízo de valor sobre a voluntariedade e legalidade, não se avançando ao mérito da infração penal. Note-se, mais uma vez, a homologação se daria pelo juiz de garantias, nada se vinculando ao juiz de instrução. Nesta linha de raciocínio, o enunciado 24 do Conselho Nacional de Procuradores assenta que o juiz não procederá ao exame de mérito/conteúdo do acordo.²⁴

Portanto, a confissão efetuada pelo investigado atende meramente à exigência formal para concretização do acordo de não persecução penal, até mesmo por ocorrer em sede de investigação preliminar, vedando-se sua utilização em eventual processo criminal, em caso de descumprimento das condições, bem como na hipótese de instauração de processos cíveis ou administrativos.

4. Da questão intertemporal para aplicabilidade do instituto

O segundo ponto a ser tratado diz respeito à questão intertemporal. A regra do processo penal, na linha do art. 2º do Código de Processo Penal, é de que a lei nova possui aplicação imediata, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

No entanto, o critério temporal parece ser um pouco mais complexo, pois, se está tratando do direito de ação conferido ao Ministério Público, como também de causa de extinção da punibilidade (arts. 28-A, *caput* e § 13), ambos classificados como institutos alusivos à pretensão punitiva²⁵. Assim, há conteúdo duplo, abrangendo normas de processo penal e direito material, incidindo, portanto, as regras intertemporais previstas na Constituição Federal e no Direito Penal quanto à sucessão de leis (arts. 5º, XL, CF e 2º, parágrafo único, CP).

²⁴ A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório. Disponível em: <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em 11 mar.20.

²⁵ Há autores que defendem que normas de direito processual penal que traduzem garantias do cidadão também deveriam ser a mesma lógica do direito material. No entanto, como se está diante de conteúdo da pretensão punitiva, tais normas têm sido compreendidas como mistas/híbridas, não se verificando muitos problemas quanto ao tema. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 141-142.

É possível, ainda, cogitar que a retroatividade deve abarcar não só os processos que estejam tramitando, independentemente da instância, como também aqueles com trânsito em julgado, desde que a data do cumprimento total da pena ou de sua extinção tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à Lei 13.964/2019.²⁶

Há importante precedente da Corte Suprema tratando da modificação de ação penal pública incondicionada para condicionada nos crimes de lesão corporal leve e culposa (cf. art. 88, Lei 9.099/95), pois eventuais processos de despenalização no plano do direito positivo devem buscar a afastar a própria incidência “da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada”²⁷

Verifica-se, inclusive, decisões judiciais instando o Ministério Público a se manifestar sobre a possibilidade de cabimento do acordo, ainda que o processo penal esteja em trâmite, o que reforça a necessidade de aplicação imediata do benefício.²⁸

A doutrina tem se posicionado no sentido de que deve “retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal.”²⁹ Na mesma linha, a Defensoria Pública de Minas Gerais apresentou o Enunciado 17, manifestando-se pelo cabimento do acordo: “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.”

Logo, por se tratar de instituto inserido na legislação processual penal, mas que detém nítida carga de direito material, deverá retroagir para englobar investigações e processos penais de fatos cometidos mesmo

²⁶ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020>>. Acesso em: 09 mar.20.

²⁷ Inq 1055 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996.

²⁸ Juiz da “carne fraca” sugere que MPF faça acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/juiz-carne-fraca-sugere-mpf-facaacordo-nao-persecucao>. Acesso em: 09 mar.20.

²⁹ LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 11 mar.20.

antes de sua vigência, eis que se trata de norma claramente benéfica ao investigado/acusado.

5. Da atuação da defesa no acordo de persecução penal

Por conseguinte, outro trecho que merece destaque consiste na necessidade de participação da defesa, como prevê o art. 28-A, § 3º, do Código de Processo Penal.³⁰

Como se vê do dispositivo, o defensor deverá participar desde a fase de formalização do acordo de não persecução penal, até a fase de homologação, a qual se dará por meio da oitiva do investigado em audiência.³¹

Como é sabido, o entendimento prevalente é de que a defesa técnica não é obrigatória em sede de investigação preliminar. Mesmo assim, é possível localizar hodiernamente alguns dispositivos que exigem a presença do defensor, como por exemplo, o art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, desde o início da apuração do delito. Tratando do dispositivo citado, Gustavo Badaró afirma que após o advento da Lei 11.449/2007, houve a imposição da defesa técnica desde o inquérito policial, ainda que limitada ao caso em que a persecução penal se inicie por prisão em flagrante.³²

O destaque é importante porque inicialmente dificuldades podem surgir para a correta aplicação do dispositivo, exigindo-se, por exemplo, a criação de convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil para se corrigir a lacuna existente sobre a atuação da defesa técnica na fase de investigação preliminar. Em outras palavras, antes da audiência para homologação existirá a análise pelo defensor a respeito do cabimento do acordo, podendo, inclusive, manifestar-se antes da audiência.

O problema a ser enfrentado se dá especialmente nos casos de pessoas sem advogados, os quais dependerão da Defensoria Pública ou da advocacia particular por meio de convênios. No Paraná, por exemplo, a estrutura da Defensoria Pública é deficiente, de modo que certamente os advogados particulares, atuando de forma dativa, restarão incumbi-

³⁰ Art. 28-A (...) § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

³¹ Art. 28-A (...) § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

³² *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 298.

dos dessa função. Isto é, como não há obrigatoriedade da presença de defensor na fase de inquérito policial, a atuação da defesa técnica, nos casos acima, dá-se especialmente a partir da resposta à acusação (art. 396, § 2º, CPP).

Como se vê na resolução 183/2018, a participação da defesa ocorreria desde a formalização do acordo de não persecução penal, demonstrando-se que o defensor será necessário antes de qualquer providência jurisdicional, até mesmo em razão não só de avaliar as condições da proposta, como também pela imprescindibilidade de comunicar o investigado sobre a iniciativa de realização ou não do acordo de não persecução penal.

6. O acordo de não persecução penal e os crimes hediondos ou equiparados

A nova lei não delimitou qualquer restrição específica de crimes passíveis de realização do acordo de não persecução penal, excluindo apenas aqueles com emprego de violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

Com efeito, não há impedimento de que o acordo ocorra em crimes considerados hediondos ou equiparados. Nesta senda, torna-se plausível situações de cabimento do instituto (art. 218-B, art. 155, § 4º-A, CP), até porque o art. 28-A, do Código de Processo Penal estipula que o acordo deve ser ofertado “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Veja-se que, na prática, a situação pode ser dirimida de forma diversa. Como exemplo, cite-se caso em que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou *habeas corpus*³³ ante a recusa do oferecimento de acordo de não persecução penal para paciente que figurava no polo passivo de ação penal pelo crime de tráfico de drogas, em que houve a denegação da ordem com a utilização, inclusive, de precedente³⁴ do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, salientando que o instituto constitui um “dispositivo legal não vinculante, não devendo o Poder Judiciário interferir na obrigatoriedade de sua aplicação”.

³³ Habeas Corpus Criminal nº 2064200-84.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Xisto Rangel. 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

³⁴ Habeas corpus criminal nº 2026314-51.2020.8.26.0000. Relator: Ricardo Sale Júnior. 15ª Câmara de Direito Criminal do Estado de São Paulo

Entretanto, o que se entende, neste breve estudo, é que, ainda que se lance mão de decisão institucional do Ministério Público, este terá que obrigatoriamente motivar eventual recusa quanto ao oferecimento, não se podendo basear simplesmente na caracterização de crime hediondo³⁵, por se tratar de argumento genérico e abstrato, que não possui o condão de rechaçar a aplicação do benefício quando sua utilização indica o respeito à reprovabilidade do crime e enaltecimento dos fins preventivos.

Note-se, inclusive, que na Resolução nº. 183 do Conselho Nacional do Ministério Público vedava-se expressamente o acordo de não persecução penal se o delito fosse hediondo ou equiparado, inexistindo tal impedimento na legislação vigente (cf. art. 1º, V).

Por outro lado, reconhece-se que a fundamentação para fins de justificativa acerca do descabimento é algo mais simples em razão da gravidade intrínseca dos crimes hediondos ou equiparados, no entanto, reforça-se apenas a argumentação de que a mera invocação da natureza jurídica da infração penal é insuficiente para se motivar o não oferecimento do benefício, sobretudo porque se nem o próprio legislador sua realização para os referidos crimes, não pode fazê-lo o Ministério Público, ainda que titular da ação penal.

7. O reflexo da desclassificação e absolvição para proposta de acordo

Por fim, conforme foi ressaltado anteriormente, um dos requisitos para o oferecimento do acordo de não persecução penal é a pena mínima do crime ser inferior a quatro anos, incluindo-se, neste critério, o concurso de crimes. No entanto, existem situações que inicialmente se pode verificar o impeditivo legal, mas, no momento da sentença, constata-se que era cabível a oferta do benefício disposto em lei.

Na situação acima, o cabimento do benefício somente é identificado no momento da sentença condenatória, razão pela qual se faz necessário o exame naquela fase do processo. A lógica é a mesma adotada para a suspensão condicional do processo, em que a jurisprudência acabou estabelecendo essa possibilidade de oferecimento do *sursis* processual na fase de julgamento.

³⁵ Aliás, o STF assentou, no julgamento do HC 82.959 a inconstitucionalidade do óbice previsto no art. 2º, §1º da Lei 8.072/90, que impedia a progressão de regimes em crimes hediondos. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENTVOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

A Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça define que “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”.

Logo, no caso de sentença que desclassifique o crime ou então que resulte em absolvição parcial, fará com que o juiz seja obrigado a examinar o cabimento do acordo, remetendo ao Ministério Público para fins de oferta da benesse.³⁶

8. Conclusão

Nos últimos anos, muito se discute sobre medidas alternativas no âmbito da justiça criminal, principalmente no que diz respeito ao cumprimento de determinadas condições para que, ao final, trabalhe-se de forma diferenciada a imposição de pena ao acusado, de modo a dar lugar a uma espécie de terceira via³⁷ do Direito Penal.

Não obstante a regulamentação detalhada exposta pelo Código de Processo penal no tocante aos requisitos, proibições e condições do acordo de não persecução penal, denota-se que alguns pontos mereceram um exame mais cauteloso, tendo em vista a dificuldade operacional acerca de sua utilização.

À luz do que foi trabalhado, denota-se que a confissão exigida como requisito para a consecução do acordo não poderá ser empregada na fase judicial, visto que se trata de mero requisito formal para

³⁶ O exemplo que pode ser dado aborda inclusive o crime de tráfico privilegiado. Por exemplo, no momento do oferecimento da peça acusatória não havia indicativo de que seria possível a incidência da causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06). Todavia, no momento da sentença o juiz verifica que é cabível a minorante. Não há dúvida de que será necessário o oferecimento do acordo de não persecução penal, desde que evidentemente estejam presentes os demais requisitos.

³⁷ “[...] Pues con ello se sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustan una reparación del daño por el autor. Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escasso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena. El proyecto Alternativo de reparación del daño presenta una propuesta de ley muy elaborada, mediante la cual puede integrarse la reparación del daño en el sistema jurídicopenal de sanciones. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução de: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 109):”

fins de aceitação do acordo. A nova sistemática de exclusão do caderno investigatório corrobora a impossibilidade de emprego da confissão. Da mesma forma, sua imprestabilidade se espalha para outras esferas do Direito, vedando-se o emprego na caracterização de responsabilidade civil ou administrativa, por exemplo.

Por conseguinte, trata-se de norma mista que estipula nova causa de extinção da punibilidade, razão pela qual deverá retroagir para albergar investigações ou processos penais que já estejam em curso, nos moldes da Constituição Federal e Código Penal.

Entretanto, em que pese o louvável intento de aplicação do instituto, o acordo de não persecução penal deve ser efetivado com muita cautela, porquanto evidentemente pode minimizar ainda mais a defesa daqueles que figuram no polo passivo das demandas criminais, sobretudo àqueles desprovidos de defensores constituídos, de modo que, conforme se tratou, a medida ensejaria, por consequência, a criação de parcerias/convênios para o devido acompanhamento por defensores dativos nos casos em que inexistem procuradores constituídos quando do oferecimento da benesse legal.

Outra questão importante seria a não detenção do “poder” de ofertar a proposta quando bem entendesse o Ministério Público. Isto porque, a exemplo dos casos envolvendo crimes hediondos, o próprio legislador baseado em políticas-criminais não proibiu a aplicação do instituto, de modo que não ficaria, portanto, a cargo do Órgão Ministerial seu oferecimento, principalmente quando se observa que o acordo de não persecução penal se trata de causa de extinção de punibilidade.

A criação de “delitos de interesse” também deve ser medida rechaçada, especialmente para que evitar que sejam colocados holofotes direcionados aos delitos que não são abarcados pelo acordo de não persecução penal, isto é, com a ampliação da tutela jurídica pelo estado dirigida a uma parcela singular da população.

Portanto, como dito, o acordo já é realidade. A perspectiva de justiça negocial envolvendo vítima e acusado, mediante a participação do Ministério Público e defesa, com o enaltecimento de uma solução célere e econômica para determinados conflitos é interessante, sendo imprescindível, tanto aos agentes públicos como aos que no Direito Penal se fazem presentes, supervisionar de forma a preservar a existência – sempre indispensável – de uma defesa técnica mantenedora das garantias fundamentais do acusado.

Referências

- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020>>. Acesso em: 09 mar.20.
- CABRAL, Rodrigo Leite. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- GARRETT, Brandon L. Por que *plea bargains* não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen [Org]. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 61-86.
- LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 133-150.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. Admissibilidade da Suspensão condicional do processo na ação penal priva. In: *Doutrinas essenciais de processo penal*. Org. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza de Assis. v. IV. São Paulo: RT, 2012, p. 1235-1238.
- LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 11 mar.20.
- MANDARINO, Renan Posella. *Análise crítica da natureza jurídica da colaboração premiada*. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella Mandarino. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-a-coes-curso>>. Acesso em: 09 mar.20.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução de: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2002.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Boletim do IBCCRIM. São Paulo, ano 25, n°. 299, outubro 2017.

_____. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Barganha e justiça criminal negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

_____. *Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator*. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 87, p. 9-24, maio-jun 2019