

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Rafaeli Ramires Freitas

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA INSERÇÃO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2021

RAFAELI RAMIRES FREITAS

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA INSERÇÃO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2021

RAFAELI RAMIRES FREITAS

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA INSERÇÃO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

Porto Alegre, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

---

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva  
Orientador

---

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

---

Professor Doutor Odone Sanguiné

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, à minha mãe que sempre acreditou em mim e se dedicou em me proporcionar a oportunidade de estudar. Obrigada por todas as vezes que me incentivou e não me deixou desistir: a senhora é o meu maior exemplo.

Aos meus irmãos, agradeço por confiarem em mim e se fazerem presentes em cada momento em que precisei.

Ao meu pai, agradeço por nunca deixar me faltar nada e sempre me apoiar.

Cassio, meu amor, obrigada por estar ao meu lado em mais essa etapa da minha vida, me acalmando e me proporcionando todo o suporte necessário.

Ao Projeto Educacional Alternativa Cidadã, agradeço por ter me proporcionado a oportunidade de ingressar na Universidade e por ter mudado a minha vida.

Aos colegas de graduação, em especial, à Karol e à Valentina, agradeço por me darem forças em cada etapa da vida acadêmica e fazerem as minhas manhãs mais felizes.

Ao Professor Pablo, agradeço por ter aceitado ser o meu orientador no presente trabalho e ter me acompanhado com presteza e dedicação.

Por fim, agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por me proporcionar a possibilidade de aprender com grandes juristas.

## RESUMO

Este trabalho realizará, a partir de revisão bibliográfica, uma análise crítica à inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, sem pretensão de esgotamento. Partindo-se da delimitação de premissas fundamentais do processo penal clássico, busca-se perquirir as mudanças que a inserção do acordo causa ao processo penal pertencente à um Estado Democrático de Direito. Assim, será realizada uma análise do nosso processo penal, através de um estudo sobre os sistemas e princípios, da mitigação do princípio da obrigatoriedade, bem como a diferença entre sistemas anglo-saxão e continental europeu e latino-americano e a forma de atuação da acusação no Brasil e nos Estados Unidos através do *plea bargaining*. Com isso, apresentar-se-ão análises críticas à expansão da justiça negociada no Brasil através da introdução deste instituto por meio da Resolução n.º 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, o que lhe serviu de parâmetro e suas impressões iniciais para, finalmente, de forma sintética, analisar o texto legal deste instituto mediante sua inserção no Código de Processo Penal em seu artigo 28-A, com a nova redação dada pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal. Processo penal. Ministério Público.

## ***ABSTRACT***

Based on a literature review, this paper will make a critical analysis to the insertion of the non-criminal prosecution agreement in Brazil's legal system, no exhaustion intended. In order to inquire the changes caused by the agreement's insertion to the criminal proceedings of a democratic rule of law, this paper starts delimitating fundamental premises of the classical criminal proceedings. Therefore, an analysis of our criminal proceedings will be done, through a study of systems and principles, the mitigation of the mandatory principle, as well as the difference between Anglo-Saxon and continental European and Latin American systems and how the prosecution is in Brazil and in the United States through plea bargaining. Thus, critical analysis to the expansion of negotiated justice in Brazil will be presented through the introduction of this institute by the Resolution no. 181 of the National Council of the Public Prosecutor's Office, which served as a parameter and its initial impressions to, finally, in a synthetic way, analyze this institute's legal text through its insertion in the Criminal Procedure Code in its article 28-A, the latest editing from Law no. 13.964, of December 24, 2019.

**Keywords:** Non-criminal prosecution agreement. Criminal proceedings. Public Prosecutor's Office.

## LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

<b>§</b>	Parágrafo
<b>ADI</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>AMB</b>	Associação dos Magistrados Brasileiros
<b>ANPP</b>	Acordo de Não Persecução Penal
<b>Art.</b>	Artigo
<b>CFOAB</b>	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
<b>CNMP</b>	Conselho Nacional do Ministério Público
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPP</b>	Código de Processo Penal
<b>CRFB-1988</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
<b>EUA</b>	Estados Unidos da América
<b><i>Ibidem</i></b>	Do mesmo autor, na mesma obra
<b>MP</b>	Ministério Público
<b>N.º</b>	Número
<b>OAB</b>	Ordem dos Advogados do Brasil
<b>P.</b>	Página(s)
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>STJ</b>	Supremo Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b>	<b>11</b>
2.1	SISTEMA INQUISITIVO	12
2.2	SISTEMA ACUSATÓRIO	13
2.3	SISTEMA MISTO	14
2.4	SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO BRASIL	14
2.5	MODELOS PROCESSUAIS	16
2.6	MINISTÉRIO PÚBLICO	19
<b>2.6.1</b>	<b>Forma de Ingresso na carreira ministerial no Brasil</b>	<b>21</b>
<b>2.6.2</b>	<b>Forma de ingresso na carreira ministerial nos EUA</b>	<b>22</b>
<b>2.6.3</b>	<b>Do controle da atuação</b>	<b>24</b>
2.7	AÇÃO PENAL	26
<b>2.7.1</b>	<b>Quanto às condições da ação</b>	<b>27</b>
<b>2.7.2</b>	<b>Quanto à titularidade</b>	<b>29</b>
<b>2.7.3</b>	<b>Quanto aos princípios da ação penal pública incondicionada</b>	<b>29</b>
2.7.3.1	Princípio da oficialidade	30
2.7.3.2	Princípio da obrigatoriedade	31
2.7.3.3	Princípio da indisponibilidade	32
2.7.3.4	Princípio da divisibilidade	33
2.8	DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE	33
<b>3</b>	<b>DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL</b>	<b>37</b>
3.1	JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA	37
3.2	CONCEITO E BREVE SÍNTESE	39
3.3	PRINCIPAIS INSTITUTOS QUE SERVIRAM DE PARÂMETRO	41
3.4	DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A INSERÇÃO DO ACORDO	44
3.5	DOS ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS	45
3.6	NOÇÕES GERAIS DA RESOLUÇÃO N.º 181 DO CNMP	49
<b>3.6.1</b>	<b>Das impressões iniciais da Resolução n.º 181/2017</b>	<b>51</b>
3.7	ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	53
<b>3.7.1</b>	<b>Dos requisitos do acordo de não persecução penal</b>	<b>54</b>
3.7.1.1	Não ser caso de arquivamento	54



3.7.1.2	O investigado ter confessado a prática do delito .....	55
3.7.1.3	Tratar-se de infração penal sem violência ou grave ameaça .....	56
3.7.1.4	Cominação de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.....	57
3.7.1.5	Necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime .....	57
<b>3.7.2</b>	<b>Das circunstâncias impeditivas previstas no Art. 28-A, §2º do CPP .....</b>	<b>58</b>
3.7.2.1	Do inciso I, do § 2º do Art. 28-A do CPP .....	59
3.7.2.2	Do inciso II, do § 2º do Art. 28-A do CPP .....	59
3.7.2.3	Do inciso III, do § 2º do Art. 28-A do CPP .....	60
3.7.2.4	Do inciso IV, do § 2º do Art. 28-A do CPP .....	60
<b>3.7.3</b>	<b>Das condições aplicáveis .....</b>	<b>61</b>
<b>3.7.4</b>	<b>Da proposta pelo Ministério Público.....</b>	<b>63</b>
<b>3.7.5</b>	<b>Da formalização e homologação do acordo.....</b>	<b>64</b>
<b>4</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>66</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade está em evolução todos os dias, ou seja, constantemente são criadas novas formas de pensar e entender o que é certo e o que é errado dentro da sociedade. Para que exista um equilíbrio e uma diretriz, são criadas leis que costumam, ou deveriam, avançar em conjunto com a sociedade.

Assim, o direito penal, por intermédio do processo, busca alcançar a justiça, com a observância de princípios e garantias constitucionais, em que o investigado, caso acusado de um crime, deverá se defender perante o poder judiciário, por meio de um devido processo legal, sendo observados os valores, garantias e limites impostos na Constituição Federal.

Todavia, diversos países encontraram/encontram problemas relativos ao sistema de justiça penal e acabaram/acabam criando formas de amenizar o colapso existente na esfera criminal. Nesse sentido, o Brasil encontra-se com suas Varas Criminais possuindo uma grande demanda de processos que causam a morosidade, a ausência de efetividade, a ausência de celeridade e custos excessivos ao processo penal.

Devido a essas questões, a fim de alcançar uma maneira de penalizar os investigados de um delito de um modo mais célere e menos custoso, a justiça penal negociada acabou sendo perceptivelmente ampliada em nosso ordenamento jurídico através da criação de novas leis, sendo, ainda, fortalecida por diversos operadores do direito.

Pensando nisso, diversos institutos foram e estão sendo inseridos em nossas legislações. Institutos que permitem que a acusação negocie a pena e o processo que o investigado responderá por infringir normas penais, sem que este precise passar por toda a persecução penal e, ao fim, se condenado, ter que cumprir a pena tipificada no delito imputado.

Justamente nesse contexto de expansão do espaço negocial no Brasil, ocorre a inserção do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, objeto do presente trabalho, inicialmente introduzido através da Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e, posteriormente, inserido no Código Penal, em seu artigo 28-A, através da Lei n.º 13.964/2019.

Portanto, o objetivo da pesquisa é analisar criticamente a inserção do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, tendo como marco o embate que o acordo causa ao nosso processo penal clássico.

Dado o exposto, parte-se da hipótese de que o acordo de não persecução penal já é realidade em nosso país, representando uma saída para o colapso que se encontra o poder judiciário, contudo, modifica questões fundamentais do processo penal brasileiro que precisam ser debatidas para que seja encontrado um equilíbrio.

A escolha do tema justifica-se pela recente inserção do acordo em nosso modelo de processo penal, que acaba causando uma ruptura ao modelo tradicional de justiça criminal brasileira ao qual estávamos acostumados. Além disso, é um tema que causa controvérsias entre operadores do direito que fundamentam seus entendimentos ou limites que devem ser impostos à essa expansão da justiça penal negociada. Em vista disso, depreende-se a atualidade e relevância do tema.

Nesse sentido, para abordar esse intrigante tema e os questionamentos a ele relacionados, este trabalho parte de um método de revisão bibliográfica e será dividido em duas partes.

Inicialmente, no primeiro capítulo, serão definidas algumas questões fundamentais para entendermos pontos relacionados ao processo penal e que estão em questão com a inserção do acordo em nosso sistema. Para isso, serão abordados a classificação de sistemas processuais penais, a diferença existente entre o modelo de processo anglo-saxão e do modelo de processo continental europeu e latino-americano, a atuação do Ministério Público no Brasil e nos Estados Unidos por meio do *plea bargaining*, o processo penal, bem como os princípios da ação penal pública e, por fim, de modo crítico, a mitigação do princípio da obrigatoriedade.

No segundo e último capítulo deste trabalho, estruturar-se-á, finalmente, a expansão da justiça negociada com a introdução do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, o que o ensejou e os principais institutos que lhe serviram de parâmetro no direito comparado. Além disso, explanar-se-á os argumentos favoráveis e críticas ao acordo, as noções gerais e impressões iniciais da Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e, por fim, far-se-á uma análise do artigo 28-A do Código de Processo Penal que concretizou a inserção do acordo em nosso sistema penal.

## 2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Durante muito tempo o direito penal era visto como uma forma de vingança privada na sociedade, por meio do qual os próprios cidadãos criavam as formas de punir e, muitas vezes, não havia proporcionalidade e racionalidade nas sanções aplicadas.

Ao falar da origem das penas e do direito de punir, Beccaria nos diz que para diminuir as usurpações de cada particular, foi necessário a elaboração de meios sensíveis, sendo que os meios sensíveis foram o estabelecimento de penas contra os infratores das leis.<sup>1</sup>

Neste contexto, surgiu a necessidade da criação de um conjunto de normas que disciplinassem as relações interpessoais entre os indivíduos, para alcançar um bem necessário em sociedade. Assim, se compreende que o Estado é uma instituição necessária e natural e que em determinada etapa do processo civilizatório, é utilizado pelo homem como um instrumento para alcançar fins de seu interesse.<sup>2</sup>

Dessa forma, quando ocorre uma prática penal, então, nasce para o Estado o poder-dever punitivo. Este poder dever-punitivo é praticado pelo Estado através da aplicação de normas e sanções de natureza penal. O Estado precisa, então, agir em prol da restauração da ordem jurídica violada, porém essa atuação do Estado se distingue quando possui um sistema típico de regimes ditatoriais ou um Estado Democrático de Direito.

É válido ressaltar que o termo sistema não é amplamente compreendido pela doutrina, tendo divergências quanto ao seu conceito. Ao falar de sistema, se fala de algo que conduza o todo através de uma ordenação de elementos. É como se fosse um fio condutor e para que se entenda algo como sistema, é necessária a coerência que é dada por esse fio condutor.<sup>3</sup>

Para melhor compreensão acerca dos sistemas e modelos processuais, é necessário analisarmos as principais características de cada um deles. Na história do

---

<sup>1</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Especial. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2016. p. 22.

<sup>2</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 4. ed. revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 1.

<sup>3</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. RB 2.1.

Processo Penal, nota-se a estruturação de três diferentes sistemas: o sistema inquisitivo, o sistema acusatório e o sistema misto.

Além disso, é importante, também, que seja feita uma comparação do modelo anglo-saxão e do modelo continental-europeu e latino-americano, especialmente para compreendermos melhor o acordo de não persecução penal em sistemas distintos.

## 2.1 SISTEMA INQUISITIVO

O surgimento do sistema inquisitivo ocorreu na época da decadência do império romano, atingindo o seu auge na Idade Média, influenciado por procedimentos da inquisição.<sup>4</sup>

Típico de regimes ditatoriais, o sistema inquisitivo é caracterizado por ocorrer uma concentração de poderes em uma única pessoa, que é a autoridade judicial, ou seja, o juiz possui o poder de acusar, defender e julgar. O juiz é uma figura essencial e central no processo, enquanto o acusado é visto como um objeto. Percebe-se, então, que há uma fragilidade na imparcialidade do juiz. Assim cabe ao inquisidor o papel de acusar e julgar e o imputado acaba se transformando em um mero objeto de verificação, por este motivo, a noção de parte acaba perdendo o sentido.<sup>5</sup>

Com relação à prova no sistema inquisitivo, originalmente imperava o sistema legal de valoração. Como regra, o acusado permanecia em estado de prisão no transcurso do processo e a sentença não produzia coisa julgada. Nessa toada, Lopes Júnior classifica as principais características do sistema inquisitivo<sup>6</sup>:

1. Gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
2. Ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
3. Violação do princípio ne procedat iudex ex officio, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
4. Juiz parcial;
5. Inexistência de contraditório pleno;
6. Desigualdade de armas e oportunidades.

---

<sup>4</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 95.

<sup>5</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In Crítica à Teoria Geral do Processo Penal, 2015. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em: 26 fev. 2021.

<sup>6</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 47.

Em vista disso, compreende-se que o sistema inquisitivo é considerado primitivo já que ocorre a privação do contraditório para o acusado e, conseqüentemente, prejudica a defesa.

## 2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

Para situar o sistema acusatório, é necessário lembrar que o sistema acusatório inicialmente foi situado na Grécia, quando a acusação era exercida pelos próprios cidadãos, em um julgamento popular, na presença de um juiz passivo.<sup>7</sup>

Típico de regimes democráticos, o sistema acusatório é caracterizado por haver uma separação entre as funções de acusar, defender e julgar, ou seja, cada função é atribuída a indivíduos distintos. Assim, tanto o acusado quanto o acusador atuam como partes no processo e, conseqüentemente, o juiz deve apropriar-se da imparcialidade.

Segundo Lopes Júnior, o afastamento do juiz da iniciativa probatória em um sistema fortalece a estrutura dialética e assegura a imparcialidade do julgador.<sup>8</sup>

Assim, nas lições de Lopes Júnior, a forma acusatória se caracteriza por:

1. Clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
2. A iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
3. Mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
4. Tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
5. Procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
6. Plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
7. Contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
8. Ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
9. Instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
10. Possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.<sup>9</sup>

Dessa forma, compreende-se que no sistema acusatório o acusado deixa de ser um mero objeto e assume a posição de parte no processo penal. Assim, permite

<sup>7</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 95.

<sup>8</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 48.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 47.

que as partes atuem em igualdade e cooperem, de modo efetivo, na busca da verdade real.

### 2.3 SISTEMA MISTO

O sistema misto surgiu com o *Code d' Instruction Criminelle* (Código de Processo Penal) francês, em 1808 e praticamente constitui-se pela junção do sistema acusatório e do sistema inquisitivo, o que o torna eminentemente bifásico.<sup>10</sup>

Segundo Aury Lopes Júnior, o nascimento do sistema misto acontece com o Código Napoleônico de 1808 em que ocorre a divisão do processo, em síntese, em duas fases (pré-processual e fase processual). A fase pré-processual possui caráter inquisitório e a fase processual possui caráter acusatório. Para Aury essa é a definição que geralmente é feita do sistema brasileiro (misto), pelo fato de muitos entenderem que o inquérito é inquisitório e a fase processual é acusatória, pois o Ministério Público acusa. Assim, entende que é comum na doutrina processual penal que os sistemas sejam classificados como misto, afirmando que os sistemas puros seriam modelos históricos que não correspondem com os atuais.<sup>11</sup>

Portanto, o sistema misto se caracteriza pela existência de duas fases no processo penal, ou seja, uma fase inquisitorial (fase inicial) e a segunda fase acusatória por possuir algumas características do sistema acusatório. Por fim, mister salientar que o sistema misto, atualmente, também é chamado de sistema inquisitivo garantista<sup>12</sup>, por resultar de uma fusão entre as características do modelo acusatório e do modelo inquisitivo.

### 2.4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO BRASIL

Realizadas as considerações necessárias, bem como dadas as principais características dos sistemas processuais penais existentes, é imperioso salientar que não há um consenso doutrinário a respeito do sistema adotado no Brasil, apesar de o entendimento que prevalece é que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 consagrou o modelo acusatório.

---

<sup>10</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29.

<sup>11</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.49.

<sup>12</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. Ed. Método, 2020. p. 10.

Sobre o tema, há um intenso debate na doutrina sobre qual é, de fato, o modelo de processo penal adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Isso porque para alguns autores a persecução penal é mista, já que se compõe de dois momentos ou fases: a primeira fase do inquérito policial (inquisitiva) e a segunda fase após o encerramento do inquérito com o oferecimento da denúncia (acusatória)<sup>13</sup>.

Nesse sentido, Guilherme Nucci<sup>14</sup> rechaça os argumentos contrários defendendo que muitos processualistas pátrios entendem que o nosso sistema é o acusatório porque acabam se baseando em princípios constitucionais em vigor (contraditório, separação entre acusação e o órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc). Todavia, salienta que o que esses defensores confundem é a prática forense que, inclusive, muitos não possuem e acabam por idealizar pensando no futuro. Assim, apesar da Constituição Federal prever princípios norteadores do sistema acusatório, também possui regras pertinentes ao sistema inquisitivo como, por exemplo, quando dispõe sobre a autorização para a decretação do sigilo da investigação ou do processo, entendendo, por fim, que afirmar que o nosso sistema é puramente acusatório cuida-se de pura demagogia.

Todavia, insta destacar que prevalece o entendimento de que no Brasil, a opção constitucional de 1988 foi pela adoção do modelo acusatório<sup>15</sup>, havendo, inclusive, entendimento respaldado em decisões do Supremo Tribunal Federal - STF<sup>16</sup> e do Superior Tribunal de Justiça - STJ<sup>17</sup>.

Além disso, com a introdução do artigo 3º-A ao Código de Processo Penal – CPP (pela Lei n.º 13.964/2019)<sup>18</sup> ocorre a corroboração de que o sistema vigente no direito brasileiro é o acusatório. Contudo, Norberto Avena entende que para a interpretação *a contrario sensu* da parte final do artigo 3º-A do CPP, que dispõe que é vedado ao juiz a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, o que nos faz subentender que é permitido ao juiz a substituição da atuação probatória da

<sup>13</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30.

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Código de Processo Penal**. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 51.

<sup>15</sup> Considerando que a *persecutio criminis* é de titularidade, em regra, do Ministério Público, conforme o art. 129, I, da Carta Magna.

<sup>16</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADI 4.693/BA**, DJ 30.10.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4693MC.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>17</sup> BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.345.004/RS**, DJ 29.03.2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859524702/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-1345004-rs-2018-0207933-8/inteiro-teor-859524712>. Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>18</sup> CPP - Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.



defesa do réu, o que gera uma situação anti-isonômica e contrária ao sistema acusatório que tem como característica a distinção entre as funções de julgar, acusar e defender.<sup>19</sup>

Portanto, percebe-se que apesar de prevalecer o entendimento que o nosso sistema é o acusatório, ainda existem muitas questões a serem resolvidas para alcançar um consenso. A compreensão de qual é, de fato, o nosso sistema processual penal se justifica para entendermos a inserção do acordo de não persecução penal (ANPP) no nosso ordenamento jurídico. Para isso, veremos, também, as diferenças de modelos existentes.

## 2.5 MODELOS PROCESSUAIS

No momento atual é possível fazer uma divisão dos sistemas processuais de influência da *common law* e os sistemas processuais de influência romano-germânica.<sup>20</sup>

Para isso, Máximo Langer utiliza a dicotomia acusatório-inquisitivo do tipo ideal para ressaltar uma das maiores diferenças entre os processos penais anglo-saxões e Continental-europeus e latino-americanos, em que o processo penal pode ser um modelo de disputa ou um modelo de investigação oficial<sup>21</sup>.

Assim, Langer explica o seguinte:

“La utilidad del modelo de la disputa y el modelo de la investigación oficial es que nos permiten entender algunas de las principales diferencias entre la concepción de proceso penal propia del derecho anglosajón y la correspondiente al derecho continental-europeo y latinoamericano. Obviamente, los procesos penales concretos de estas dos tradiciones no se ajustan exactamente a cada uno de los tipos ideales recién desarrollados. Pero, sin duda, se aproximan mucho a uno u otro de ellos.”<sup>22</sup>

<sup>19</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 12.

<sup>20</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 95

<sup>21</sup> LANGER, Máximo. *La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado. Tortura y plea bargaining**, Buenos Aires: Editores El Puerto, 2001. p. 114.

<sup>22</sup> Tradução livre - A utilidade do modelo da disputa e o modelo da investigação oficial é que permitem compreender algumas das principais diferenças entre a concepção de processo penal típica do direito anglo-saxão e a correspondente ao direito continental e latino-americano. Obviamente, os processos criminais específicos dessas duas tradições não se enquadram exatamente em cada um dos tipos ideais recém-desenvolvidos. Mas, sem dúvidas, eles estão muito próximos de um ou de outro.

No modelo da disputa proposto por Langer, ocorre uma disputa entre as partes (acusador e acusado), desenvolvido diante um terceiro - o juiz ou árbitro - que se encontra em uma posição relativamente passiva. Assim, a relação entre as partes e o juiz é triangular, podendo ser demonstrada através de um triângulo equilátero, em que o juiz ocupa o vértice superior e a acusação e o réu ocupam, em mesmo nível, os dois vértices inferiores, sendo as partes donas do processo, elas que levam adiante o processo. Dessa forma, é um modelo que responde muito bem ao que seria um tipo penal acusatório.<sup>23</sup>

Por outro lado, no modelo de investigação oficial, também proposto por Langer, é realizada uma investigação por um ou mais oficiais estatais, tendo o objetivo de descobrir a verdade, isto é, se o acusado realmente cometeu o delito a ele imputado. Essa investigação pode vir da polícia, do juiz/autoridade judiciária. O juiz deve ser imparcial, ou seja, deve estar interessado em condenar o culpado e em absolver os inocentes. Todavia, neste tipo ideal, o processo não se desenrola mediante a atividade das partes, mas sim mediante a atividade dos oficiais estatais, pois o que importa é a verdade, temos a verdade como meta do processo.<sup>24</sup>

Analisando o modelo da disputa e o modelo da investigação oficial, conseguimos compreender as principais diferenças entre a concepção do processo penal do direito anglo-saxão e do processo penal continental-europeu e latino-americano, conforme veremos.

O promotor estadunidense é considerado, formalmente, uma parte do processo, tendo um plano de igualdade formal com a defesa. Funciona como no exemplo do triângulo equilátero, em que ambos se encontram em um plano de igualdade, nas partes inferiores deste. Portanto, sendo o fiscal um dos donos da demanda, pode, a qualquer momento, decidir não ingressar com a ação, sem precisar dar explicações. Segundo Gustavo Badaró, percebe-se uma visível separação de funções, que são atribuídas a pessoas diferentes, caracterizando o processo como um verdadeiro *actum trium personarum*.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> LANGER, Máximo. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado. Tortura y plea bargaining**, Buenos Aires: Editores El Puerto, 2001 p. 114.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>25</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book. RB 1.14. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 09 fev. 2021.

Dessa forma, o sistema processual continental-europeu e latino-americano se aproxima do modelo da investigação oficial, isso porque é realizada uma investigação por um ou mais oficiais do estado, com a finalidade de determinar a verdade dos fatos. Assim, o promotor só pode encerrar o processo antes da ação judicial se não tiver elementos probatórios suficientes para comprovar que o imputado não cometeu o delito, porque a finalidade da ação judicial é justamente determinar a verdade. Se une a isso, ainda, a figura que o juiz tem nestes processos, que muitas vezes possuem um papel ativo na investigação dos delitos.<sup>26</sup>

No Brasil, apesar das diferenças, temos pouca aproximação do sistema processual penal dos Estados Unidos. Neste sentido, Afrânio Silva Jardim afirma que no nosso processo penal, já se encontra alguma influência do sistema processual penal dos Estados Unidos, além de falar-se de um processo adversarial, o que nos leva ao fundamentalismo do sistema acusatório.<sup>27</sup>

Nesse sentido, se analisarmos os mecanismos de justiça penal negociada juntamente com as diferenças de sistemas processuais penais em que são aplicadas, é evidente a qual modelo o acordo de não persecução penal encontra amparo. Isso porque, conforme dito, se o processo penal é uma disputa entre as partes, e as partes são donas da disputa, é natural que elas possam negociar sobre aquela. É por isso que o *plea bargaining* é amplamente aceito pelos operadores do sistema jurídico anglo-saxão. Ao contrário do nosso sistema que, conforme visto, não foi desenvolvido para barganhar em torno da infração penal e sim para ser realizada uma investigação por oficiais do estado.

Nessa toada, é compreensível o motivo pelo qual alguns operadores do direito - que foram ensinados e tradicionalmente ajustados para o modelo continental-europeu e latino-americano -, não se surpreenderam que, durante muitos anos, houve uma ausência de mecanismos de justiça penal negociada incluída em nosso sistema.<sup>28</sup> Ausência esta que se demonstra extremamente relevante após

---

<sup>26</sup> LANGER, Máximo. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado. Tortura y plea bargaining**, Buenos Aires: Editores El Puerto, 2001. p. 129.

<sup>27</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão**. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 14, 2014. p.2 Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523>. Acesso em: 06 fev. 2021.

<sup>28</sup> LANGER, Máximo. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado. Tortura y plea bargaining**, Buenos Aires: Editores El Puerto, 2001. p. 123.

entendermos a importância que o modelo vigente em um estado significa para as partes envolvidas e para a sociedade.

Por fim, convém ressaltar que ao compreendermos as diferenças de sistemas e modelos, é possível visualizar os motivos que levam um sistema ser adequado para a justiça penal negociada, logo, para o acordo de não persecução penal, e outro não. Para isso, precisamos compreender, também, o papel da acusação no nosso ordenamento jurídico.

## 2.6 MINISTÉRIO PÚBLICO

Feitas as considerações necessárias a respeito dos sistemas, cabe apontar que, no sistema processual penal brasileiro, o Ministério Público possui extrema relevância, uma vez que possui a função institucional de promover a ação penal pública, conforme previsão constitucional (art. 129, inciso I, da CRFB/1988)<sup>29</sup>.

Nessa toada, o Ministério Público está inserido na Seção I, do Capítulo IV – “Das funções essenciais à justiça”, da CRFB/1988, sendo perceptível sua independência em relação aos Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo). Por oportuno, destaca-se que neste capítulo constam também as disposições sobre a advocacia pública, a advocacia privada e a defensoria pública.

Ao falar do marco que a Constituição de 1988 representa à Instituição, Rogério Bastos Arantes fez questão de salientar que houve a retirada do Ministério Público da alçada do Poder Executivo, conferindo-lhe independência funcional e autonomia administrativa.<sup>30</sup>

Com a promulgação da CRFB/1988, a Instituição do Ministério Público alcançou outro patamar, especialmente porque houve a definição de seus poderes. De forma cristalina, o constituinte de 1988 disciplinou os princípios do Ministério Público, bem como suas funções institucionais, organização, abrangência, forma de ingresso na carreira, garantias e prerrogativas.

---

<sup>29</sup> CRFB/1988. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

<sup>30</sup> ARANTES, Rogério Bastos. **Droi et politique: le Ministério Público et la défense des droits collectifs**. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 1999, vol.14, n.39, p. 83-102. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-9091999000100005&script=sci\\_abstract&tling=fr](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-9091999000100005&script=sci_abstract&tling=fr). Acesso em: 28 fev. 2021.

De mais a mais, conforme o artigo 129, *caput*, da CRFB/1988, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e do regime democrático, além de possuir *status* de instituição permanente<sup>31</sup>.

Insta salientar que para que o Ministério Público efetive o direito de punir, em um direito processual penal clássico, deve oferecer denúncia e acompanhar a tramitação do feito. Além disso, a instituição possui competência para promover investigações de natureza penal<sup>32</sup>.

Diante disso, surge a importância da atuação do Ministério Público nos processos penais. Isso porque, no processo penal, o Ministério Público possui um *dúplice* papel ao atuar como fiscal da lei (*custos legis*) e como acusador (*dominus litis*)<sup>33</sup>. Assim, o Ministério Público atua no processo penal como parte, pois é o titular da ação penal pública e, quanto aos casos de ação penal de iniciativa privada, o Ministério Público atua como fiscal da correta aplicação da lei.

Em relação à parcialidade ou imparcialidade do agente ministerial, a questão se torna de extrema importância ao relacionarmos com o acordo de não persecução penal, objeto do presente trabalho. Isso porque se ocorre o ajuizamento da ação, quem decide a pena que o acusado deverá cumprir é o Juiz Imparcial. Todavia, com a celebração do acordo e, conseqüentemente, sem o ajuizamento da ação, quem determina a pena que o investigado deverá cumprir é o agente ministerial (com a homologação do juiz imparcial). A imparcialidade do agente ministerial é ressaltada por Gustavo Badaró<sup>34</sup> ao salientar que é fundamental, independente da natureza que é atribuída ao Ministério Público, definir se este é uma parte parcial, buscando a condenação do acusado, ou se é uma parte imparcial, que busca a justiça e a correta aplicação da lei com a condenação ou absolvição do acusado.

---

<sup>31</sup> CRFB/1988. Art. 127. *Caput*. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

<sup>32</sup> Nesse sentido, ao apreciar o Tema 184, foi firmado entendimento pacífico pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal de que “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e as garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição...” (Recurso Especial 593.727/MG).

<sup>33</sup> CPP. Art. 257. Ao Ministério Público cabe: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II - fiscalizar a execução da lei.

<sup>34</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. RB 7.1. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 09 fev. 2021.

Segundo Gustavo Badaró, boa parte da doutrina entende que o Ministério Público seria uma parte imparcial no processo penal, porém, menciona que entender que o Ministério Público é parte imparcial é incompatível com o processo penal acusatório. Isso porque o processo penal acusatório tem como uma de suas características a atuação das partes em igualdade de condições, porém, com interesses distintos. Assim, a atuação dos sujeitos dentro de um sistema deve ser coerente com o modelo escolhido. Dessa forma, se o nosso processo penal é considerado acusatório, o autor entende que é necessário ser revista a posição do Ministério Público como sujeito imparcial.<sup>35</sup>

Embora o entendimento pacífico seja de que o agente ministerial possui um papel imparcial no processo penal, por tratar-se de órgão público, conforme foi conferido pela CRFB/1988, para que seja desenvolvida a potencialidade do processo acusatório<sup>36</sup>, é necessário que haja uma correta reconstrução dos fatos, bem como a atuação de partes com interesses contrapostos.

Por fim, considerando que o *plea bargaining* tem servido de protótipo para as diversas versões de justiça consensual, torna-se imperioso compreendermos as diferenças existentes na forma de seleção dos promotores do Brasil e na forma de seleção dos promotores dos Estados Unidos. Essa importância surge do fato de que quem detém legitimidade para propor o acordo de não persecução penal é o agente ministerial.

### **2.6.1 Forma de Ingresso na carreira ministerial no Brasil**

No Brasil, o ingresso de promotores na Instituição do Ministério Público somente ocorre por meio de Concurso Público. A realização do concurso ocorre por meio de provas e títulos, devendo ser assegurada a participação na Ordem dos Advogados do Brasil, exigindo-se, ainda, do bacharel em Direito, no mínimo 3 (três) anos de atividade jurídica, conforme previsão constitucional<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, RB 7.1.

<sup>36</sup> *Ibidem*, RB 7.1.

<sup>37</sup> CRFB/1988. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

Assim, em sendo aprovado no concurso de provas e títulos, ocorrerá a nomeação do candidato à Promotor de Justiça pelo Procurador-Geral<sup>38</sup>. Segundo Emerson Garcia, é através da posse que se dá o provimento do cargo, momento em que ocorre o marco inicial dos direitos e deveres funcionais, bem como dos impedimentos, incompatibilidades, restrições e o requisito imprescindível para o exercício da função<sup>39</sup>.

Quanto às prerrogativas, a Constituição Federal de 1988 conferiu algumas garantias para que os membros do Ministério Público possam exercer com isenção suas funções. Para o presente trabalho é mister destacar a vitaliciedade<sup>40</sup> que permite que, após dois anos de exercício, o agente ministerial não perca o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.

De mais a mais, a Emenda Constitucional 45/2004 instituiu ao Ministério Público um órgão de controle da atuação da Instituição<sup>41</sup>. Esse controle ocorre na via administrativa, financeira e, também, de fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.<sup>42</sup>

Portanto, apesar de o Ministério Público ter como um de seus papéis a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a sociedade em nada interfere no ingresso dos candidatos à Instituição, tampouco atua no controle da atuação de seus membros.

## 2.6.2 Forma de ingresso na carreira ministerial nos EUA

Nos Estados Unidos, local em que a justiça negociada encontra amparo devido ao *plea bargaining*, o ingresso de membros na Instituição da Promotoria não ocorre por meio de concurso de provas e títulos. Pelo contrário, devido à Instituição possuir uma organização política, na maioria dos Estados da Federação, os integrantes do

<sup>38</sup> Lei n.º 8.625 de 1993 - Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: (...) VI - prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção, convocação e demais formas de provimento derivado.

<sup>39</sup> GARCIA, Emerson. **Ministério Público**, 6. ed. Saraiva Jur, 2016. p. 852.

<sup>40</sup> CRFB/1988. Art. 128, § 5º, I, a, e Art. 129, § 3º.

<sup>41</sup> CRFB/1988. Art. 130-A, *caput*. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução.

<sup>42</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 12.

Ministério Público - da estrutura organizacional que se aproxima da Instituição no Brasil – são escolhidos por meio de eleição.<sup>43</sup>

Assim, revela-se, de pronto, que a sociedade possui um papel essencial na estrutura criminal dos Estados Unidos, a partir do momento que elegem os membros da referida Instituição através do voto popular, em mandato com prazo estabelecido, garantindo um maior controle da sociedade em relação a seus atos e políticas públicas. Portanto, suas ações são mais efetivas que o representante ministerial do Brasil, principalmente porque nos Estados Unidos não existe um quadro de carreira.

Em relação ao papel do *parquet* norte-americano, deve ser destacado o seguinte:

A atividade finalística do Parquet norte-americano é essencialmente voltada ao combate à criminalidade. Neste particular, a Instituição ocupa uma posição de preeminência entre os demais órgãos que desenvolvem atividade semelhante: a) detém a titularidade da ação penal, com a peculiaridade de que o sistema americano acolhe o princípio da oportunidade, o que autoriza a realização, em larga escala, de acordos com os réus, que são posteriormente homologados pelos órgãos jurisdicionais; b) ante a liberdade de negociação com a defesa, pode suprimir acusações e atenuar penas; c) pode realizar investigações sigilosas e surpreender a defesa na audiência preliminar; e d) dirige a atividade de inúmeros órgãos de repressão à criminalidade, como o Federal Bureau of Investigation (FBI) e o Drug Enforcement Administration (Departamento de Repressão às Drogas). Enfim, não obstante as críticas, o Parquet norte-americano tem sido um eficaz instrumento de combate à criminalidade.<sup>44</sup>

Quanto à escolha do Procurador-Geral Estadual (*State Attorney General*), geralmente também ocorre por meio de eleição e com um mandato de até 4 (quatro) anos, sendo que o procurador possui a liberdade para montar a sua equipe de acordo com suas vontades e necessidades. Todavia, em alguns locais a forma de ingresso na carreira ministerial ocorre através da indicação do Presidente da República.<sup>45</sup>

Por fim, outra característica importante da acusação norte-americana é a ampla discricionariedade que a instituição possui, pois os membros do Ministério Público Federal nos Estados Unidos possuem ampla discricionariedade e, assim, podem selecionar os casos cuja apuração compense para a sociedade e para o governo federal.<sup>46</sup> Assim, a acusação possui o desencadeamento de não dar continuidade à

<sup>43</sup> GARCIA, Emerson. **Ministério Público**, 6. ed. Saraiva Jur, 2016. p. 91.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>46</sup> FONSECA, Cibele Benevides Guedes; CORREIO, Lia de Souza Siqueira e CORREIO, Diaulas Costa Ribeiro. **Ministério Público dos Estados Unidos da América: Uma análise das atuações Federal e**



ação mesmo possuindo provas suficientes, tendo em vista que estão ligados ao princípio da oportunidade.

### 2.6.3 Do controle da atuação

Após a análise das diferentes formas de ingresso na carreira ministerial do Brasil e dos Estados Unidos, resta-nos observar o motivo pelo qual o controle da atuação que ocorre nessas instituições possui um grande impacto na inserção do acordo de não persecução penal em cada ordenamento jurídico.

Esse impacto está relacionado à influência da sociedade na atuação do Ministério Público e, conseqüentemente, nas ações do acusador.

No Brasil, em relação ao controle da Instituição, Emerson Garcia leciona o seguinte:

Especificamente em relação ao Ministério Público, constata-se a adoção de uma técnica idêntica àquela utilizada para o Judiciário. O art. 128 relaciona todos os órgãos da Instituição, quer vinculados à União, quer aos Estados, o que permite seja alcançada conclusão idêntica àquela prevalecente em relação à Magistratura. Sujeita todos os ramos da Instituição aos princípios do art. 127, havendo expressa remissão ao art. 93 (art. 129, § 4o), e estende a todos as mesmas garantias e vedações constantes do art. 128, § 5º. Não bastasse isso, ainda criou um órgão comum para o controle externo, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).<sup>47</sup>

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que foi criado em 30 de dezembro de 2004 pela Emenda Constitucional n.º 45/2004<sup>48</sup>, tem o papel de controlar a atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros<sup>49</sup>. Nesse sentido, incumbe ao CNMP:

- Zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- Zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados;
- Receber reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da

**Estadual.** RDIET, Brasília, V. 11, nº 2, p. 119 – 151 Jul-Dez, 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/download/7529/4914>. Acesso em: 15 mar. 2021.

<sup>47</sup> GARCIA, Emerson. **Ministério Público**, 6. ed. Saraiva Jur, 2016. p. 113.

<sup>48</sup> O Conselho Nacional do Ministério Público teve sua instalação concluída em 21 de junho de 2005.

<sup>49</sup> CRFB/1988. Art. 130-A, § 2º. Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

- Rever os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;
- Elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho.<sup>50</sup>

Percebe-se, portanto, que não há uma influência da sociedade no controle da atuação do Ministério Público no Brasil, logo, a aplicabilidade do acordo de não persecução penal não visa a satisfazer os interesses da sociedade, porque a ação do agente ministerial não implicará prejuízo ao seu cargo, no sentido de que não precisa da sociedade para se “reeleger”. Então a sociedade sequer possui, de fato, influência na decisão do promotor.

Por outro lado, como o representante ministerial norte-americano geralmente é eleito pelo povo, possuindo, assim, uma responsabilidade eleitoral ao tomar decisões - digo eleitoral porque a sua reeleição vai depender do povo - e, portanto, da responsabilidade de sua atuação, a sociedade acaba tendo influência na atuação do acusador, principalmente nas celebrações de acordos. Dessa forma, resta evidente que “a opinião pública, a imagem perante o eleitorado e os meios de comunicação são fatores que influenciam as ações do acusador, podendo até mesmo estabelecer limites à realização de determinados acordos”<sup>51</sup>.

Além disso, o ministério público norte-americano possui algumas características que o particularizam e que concorrem para a manutenção da justiça penal negociada nos moldes do *plea bargaining*. Uma dessas características, para além da forma de investidura vista anteriormente, está a discricionariedade que é amparada pela autonomia averiguada ao ministério público.

Nesse sentido, Rosimeire Leite cita Vincenzo Vigoriti<sup>52</sup> para explicar que “o próprio sistema não se presta a um controle centralizado e burocrático da atividade de repressão aos crimes”.

<sup>50</sup> Conselho Nacional do Ministério Público. Portal institucional. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/o-cnmp/apresentacao>. Acesso em: 06 mar. 2021.

<sup>51</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Tese de Doutorado. Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 77. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>52</sup> Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, ano XXI, fasc. 4, ott./dic. 1978, p. 854 **apud** LEITE, Rosimeire

Embora o ministério público no Brasil aparenta ter meios de fiscalização mais efetivos em suas atividades, para celebrar o acordo de não persecução penal a participação da sociedade demonstra possuir extrema importância para alcançar uma melhor satisfação à repressão do crime. Porém isso não acontece. Como vimos, tal fator é perceptível no ministério público norte-americano em que o agente ministerial precisa agir com responsabilidade em suas ações, pois a influência da sociedade recai sobre o próprio cargo.

## 2.7 AÇÃO PENAL

Após os apontamentos referentes ao papel do Ministério Público, precisamos compreender a ação penal, bem como alguns princípios da ação penal pública para um melhor entendimento da mudança que o acordo de não persecução penal provoca em nosso ordenamento jurídico. Para isso, veremos uma breve síntese da ação penal e outras características pertinentes ao tema do presente trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu artigo 5.º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, o judiciário exerce a jurisdição através da provocação daquele que promover a acusação.

Por conseguinte, uma vez que o Ministério Público – ou o particular previsto para a ação de iniciativa privada, naqueles crimes aos quais o Código de Processo Penal reserva a iniciativa privada – possua elementos de prova e autoria delitiva que lhe convençam da prática de uma conduta criminosa, torna-se necessário prosseguir na persecução criminal com o ajuizamento da ação.<sup>53</sup>

Segundo Guilherme Dezem, o nosso sistema processual penal brasileiro possui como base uma tríade: condições da ação, pressupostos processuais e mérito. Assim, o processo penal brasileiro possui sua estrutura que se dá através das condições da ação, que estão ligadas à ação; através dos pressupostos processuais, que estão

---

Ventura. **Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Tese de Doutorado. Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 77. Disponível em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-171120\\_11-110813/pt-br.php](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-171120_11-110813/pt-br.php). Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>53</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 144.

ligados ao processo e através do mérito, que está ligado ao tema da vida discutido no processo.<sup>54</sup>

Para Norberto Avena, a prática de um crime gera ao Estado o poder-dever de punir, não podendo essa punição ser arbitrária e tampouco ocorrer sem respeitar as garantias individuais do indivíduo, sendo necessário assegurar o direito de defesa, o contraditório e a produção de provas.<sup>55</sup>

Portanto, a ação penal é uma forma do Estado aplicar a sanção penal contanto que seja assegurado o direito de pedir ao Estado-Juiz a prestação jurisdicional, assegurando os direitos e garantias do acusado.

Todavia, com a inserção do acordo de não persecução penal - bem como a inserção do acordo de colaboração premiada - no nosso ordenamento jurídico, a prestação jurisdicional do Estado acaba sofrendo uma flexibilidade, pois o Estado-Juiz sequer faz parte da celebração dos acordos e nem impõe quais serão as sanções aplicadas. Nesses casos, o Juiz Imparcial apenas possui a função de homologar o acordo se condizente com a legislação e com os direitos e garantias do investigado.

À vista disso, passaremos à análise de algumas características da ação penal.

### 2.7.1 Quanto às condições da ação

Pretende-se explicar as condições da ação apenas para elucidar que o acordo de não persecução penal vem sendo celebrado em casos em que as condições estejam preenchidas e que, conseqüentemente, seriam casos de apresentação da inicial acusatória perante o Poder Judiciário.

Em relação às condições da ação, assim como ocorre no processo civil, no processo penal a ação está subordinada ao preenchimento de determinadas condições. Caso não sejam observadas as condições da ação, não há a condução da instauração da relação processual-penal, devendo o judiciário rejeitar<sup>56</sup> de plano a inicial acusatória.

---

<sup>54</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. RB 7.1. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>55</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 245.

<sup>56</sup> CPP. Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;

Segundo Norberto Avena, as condições da ação se dividem em condições gerais e condições especiais. As condições gerais da ação devem estar presentes em qualquer ação, enquanto as condições especiais devem estar presentes em determinadas ações, não possuindo, portanto, carácter geral.<sup>57</sup>

Nessa toada, as condições gerais da ação consistem em: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade.

Em relação à possibilidade jurídica do pedido, Gustavo Badaró leciona que em tese, sempre que a conduta imputada ao acusado for típica, o pedido será juridicamente possível<sup>58</sup>. Assim, o pedido será juridicamente impossível quando for atípico, ou seja, quando a prática não constituir crime.

De outra banda, Norberto Avena entende que o interesse de agir depende da presença de elementos mínimos, constantes na denúncia ou queixa, no sentido de que façam o juiz concluir que se trata de acusação factível<sup>59</sup>. Assim, percebe-se a necessidade de indício de autoria, bem como a necessidade de materialidade do crime que é imputado ao investigado.

Quanto à legitimidade, é necessário que a inicial acusatória seja proposta por quem tem legitimação para o ato. Essa legitimidade pode ser ativa ou passiva, podendo ser explicada da seguinte forma:

No processo penal, haverá ilegitimidade da parte ativa se o Ministério Público oferecer denúncia em um crime de ação penal privada ou se a vítima oferecer queixa em um crime de ação penal pública (salvo, é claro, tratando-se de ação penal privada subsidiária). A legitimação ativa normalmente é conferida ao Ministério Público, exceto nos casos de ação penal de iniciativa privada, nas quais o legitimado ativo é o ofendido. A legitimidade passiva é sempre daquele a quem se atribui a prática do fato criminoso.<sup>60</sup>

Por fim, não se pode olvidar que além das condições da ação conhecidas e acima referenciadas, a justa causa que é identificada como “a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação”, também pode ser entendida como uma condição necessária para a ação penal.

---

<sup>57</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 245.

<sup>58</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 *E-book*. RB 4.5. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>59</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 246.

<sup>60</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 *E-book*. RB 4.7. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 10 mar. 2021.

### 2.7.2 Quanto à titularidade

Primeiramente, mister se faz ressaltar que a ação penal pode ser de iniciativa pública incondicionada, de iniciativa pública condicionada e de iniciativa privada. Nesse sentido:

É importante notar que o legislador, ao estabelecer a modalidade de ação penal para cada crime, leva em conta o bem jurídico tutelado. Assim, para os crimes que exigem repressão ampla, já que interessam a toda a sociedade, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada (como é o caso, por exemplo, do homicídio). Por outro lado, quando há interesse misto, tanto da sociedade quanto do ofendido, a ação penal é de iniciativa pública condicionada (como é o caso da lesão corporal leve) e, por fim, quando o interesse preponderante é o do ofendido, a ação penal é de iniciativa privada.<sup>61</sup>

No presente estudo ater-se-á apenas à ação penal incondicionada, pois geralmente são nas hipóteses de ação pública incondicionada que o Ministério Público celebra o acordo de não persecução penal, tendo em vista que na ação pública condicionada a vítima dispõe de representação até o escoamento do prazo e o efetivo oferecimento da denúncia, ou seja, há a possibilidade de retratação da vítima.

Além disso, a ação penal pública incondicionada constitui a regra no processo penal brasileiro<sup>62</sup>, sendo iniciada mediante denúncia do Ministério Público para apurar a ocorrência de infração penal que interfira diretamente no interesse da sociedade, não dependendo de manifestação de vontade da vítima ou de qualquer outro interessado.

### 2.7.3 Quanto aos princípios da ação penal pública incondicionada

Antes de adentrarmos no próximo capítulo, é sobretudo importante assinalar alguns apontamentos referentes aos princípios da ação penal pública incondicionada.

<sup>61</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. RB 7.1. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>62</sup> CP. Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. E CPP. Art. 24. Nos crimes de ação pública, está será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo.

Inicialmente, urge destacar que o termo “princípios” é objeto de grande controvérsia, por ser uma expressão vaga e ambígua. Pensando em sua origem etimológica, Edilson Bonfim definiu que *principium*, do latim, compõe-se da ideia de *primus* (primeiro) e de *cipium*, que provém do *capio* (pegar ou considerar), assim, o autor concluiu que princípio é compreender o que vem primeiro/considerar algo do começo.<sup>63</sup>

Segundo Guilherme Dezem, os princípios se diferenciam das regras ao veicularem conteúdos que devem ser aplicados de maneira mais ampla possível, nesse sentido, menciona que os princípios possuem sua incidência maximizada ou minimizada em um caso, ao contrário das regras que incidem ou não.<sup>64</sup>

Nesse contexto, passaremos agora a abordar, de modo um tanto mais detido, alguns princípios da ação penal pública incondicionada que importam ao acordo de não persecução penal.

### 2.7.3.1 Princípio da oficialidade

Como quem detém legitimidade ativa para propor a ação penal pública é o Estado, é aplicada à ação penal pública o princípio da oficialidade.

O princípio da oficialidade possui fundamento legal na Constituição da República Federativa do Brasil que dispõe que dentre as funções institucionais do Ministério Público, encontra-se a que a instituição deve promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei<sup>65</sup>. Dispõe, ainda, que a segurança pública é exercida através de diversos órgãos, dentre eles a polícia civil que incumbem as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (exceto as militares e ressalvada a competência da união)<sup>66</sup>. Ainda, possui fundamento legal no Código de

<sup>63</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 34.

<sup>64</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020 *E-book*. RB 4.1. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>65</sup> CFRB/1988. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

<sup>66</sup> CRFB/1988. Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Processo Penal que dispõe que a polícia judiciária terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria<sup>67</sup>.

Nesse contexto, o princípio da oficialidade representa a atribuição dada à determinados órgãos do Estado para apuração de fatos delituosos (persecução penal) e a aplicação da pena que vier a ser, eventualmente, fixada.<sup>68</sup> Assim, não cabe ao Estado somente a aplicação da pena, mas também a própria persecução penal.

Por derradeiro, em regra, caberá à polícia judiciária a investigação preliminar, ao Ministério Público caberá promover a ação penal pública e ao Poder Judiciário caberá a prestação da jurisdição penal, todos órgãos públicos.

Saliente-se que essa estrutura é alterada com o acordo de não persecução penal, em que o Ministério Público não mais promoverá a ação penal pública, mas sim negociará a “pena” que o acusado deverá cumprir sem a ocorrência da persecução penal.

Por fim, esse princípio não é absoluto, é mitigado no caso de ação penal privada e de ação penal popular.

### 2.7.3.2 Princípio da obrigatoriedade

Tratando-se de crimes de ação penal pública incondicionada (ou condicionada nas hipóteses em que presente a representação do ofendido ou do ministro da justiça) o Ministério Público, existindo provas suficientes de autoria delitiva e materialidade, está obrigado a oferecer denúncia devido ao princípio da obrigatoriedade. Do mesmo modo, a autoridade policial está obrigada a instaurar o inquérito policial sempre que tomar conhecimento de um fato delituoso.<sup>69</sup>

Após a análise do inquérito policial pelo representante do Ministério Público e, sendo entendido que não há elementos suficientes para fundamentar o ajuizamento da ação penal, deverá ele propor o arquivamento do inquérito ao Juiz competente, ficando a decisão a cargo do magistrado. Isso ocorre no que tange ao atendimento do princípio da obrigatoriedade.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> CPP. Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

<sup>68</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 35.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>70</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 166.



O princípio da obrigatoriedade encontra fundamento legal no Código de Processo Penal, em seu artigo 24<sup>71</sup>, que dispõe que a ação “será promovida” pelo Ministério Público, dando a entender que se refere ao princípio da obrigatoriedade.<sup>72</sup>

Sendo o princípio da obrigatoriedade de ação penal pública incondicionada, torna-se evidente, portanto, que tal princípio não se aplica em casos de ação penal privada, pelo contrário, aos casos de ação privada, entende-se que ocorre a aplicação do princípio da oportunidade.

Com a inserção do acordo de não persecução penal em nossa estrutura processual, bem como outros institutos da justiça penal negociada, ocorre a mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Todavia, no momento, pretende-se apenas conceituar o princípio, pois, em breve, veremos o princípio da obrigatoriedade com mais detalhes, ao relacionarmos com o princípio da oportunidade e suas principais distinções em sua aplicação no nosso processo penal.

### 2.7.3.3 Princípio da indisponibilidade

Em síntese, o princípio da indisponibilidade decorre do princípio da obrigatoriedade. Isso porque, uma vez oferecida a denúncia pelo Ministério Público, este não pode desistir da ação penal pública<sup>73</sup>, do mesmo modo, uma vez instaurada a investigação pela autoridade policial, não pode esta promover o arquivamento do inquérito policial<sup>74</sup>.

Por oportuno, destaco que o princípio da indisponibilidade se encontra ressalvado pela Lei 9.099/95 ao permitir a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Por fim, este princípio, em regra, não é atingido pelo ANPP, pois sua celebração é anterior ao ajuizamento da ação.

---

<sup>71</sup> CPP. Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

<sup>72</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. RB 7.14. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 09 fev. 2021.

<sup>73</sup> CPP. Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

<sup>74</sup> CPP. Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

#### 2.7.3.4 Princípio da divisibilidade

O princípio da divisibilidade permite que o promotor não ajuíze, de plano, a ação penal contra todos os supostos envolvidos no crime. Ou seja, havendo mais de um suposto autor do crime, pode o promotor optar em ajuizar a ação apenas em relação a um dos supostos autores, podendo ser por estratégia processual, podendo oferecer o aditamento da denúncia, ou até mesmo para buscar maiores elementos contra os outros autores<sup>75</sup>.

Portanto, havendo mais de um suposto autor dos fatos no inquérito policial, se o promotor não optar em oferecer a denúncia para todos eles deve fazê-lo justificadamente no momento do oferecimento da denúncia.

### 2.8 DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Para uma melhor compreensão acerca da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, princípio que impera no processo penal pátrio, e na criação da forma de exercer o princípio da oportunidade pelo Ministério Público com a inserção do acordo de não persecução penal no nosso ordenamento jurídico, trataremos, primeiramente, dos conceitos de cada princípio para uma melhor análise.

Conforme visto anteriormente, o princípio da obrigatoriedade vigora na ação penal pública. Através deste princípio, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva e, não estando presentes causas extintivas da punibilidade<sup>76</sup>, não pode o Ministério Público, em tese, deixar de oferecer a denúncia, ou seja, de ajuizar a ação penal.<sup>77</sup>

Por outro lado, no Brasil, o princípio da oportunidade vigora na ação penal de iniciativa privada. Por esse princípio a ação penal privada poderá ou não ser promovida, conforme a vontade da vítima ou de seu representante legal. Ou seja, mesmo diante da ocorrência de um fato delituoso, havendo justa causa pra ação penal, indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, a vítima poderá optar por

---

<sup>75</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 261.

<sup>76</sup> As causas extintivas da punibilidade podem ser morte do agente, anistia, graça ou indulto, retroatividade da lei, prescrição, decadência ou perempção, renúncia do direito de queixa ou perdão aceito, retratação do agente, perdão judicial, conforme artigo 107 do Código Penal.

<sup>77</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 257.

não ajuizar a ação. Portanto, na ação penal pública vigora o contrário, vigora o princípio da obrigatoriedade.

Levando em consideração o atual cenário do poder judiciário, que se encontra com uma grande demanda de processos, o Direito buscou aprimorar a eficácia da prestação jurisdicional e encontrou na solução extrajudicial uma aliada para que a justiça seja feita de forma mais célere.

Tendo em vista que o nosso país adota o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação ao tratar de ação penal pública, o que significa dizer que o Estado não tem apenas o poder, mas também o dever de punir aqueles que desrespeitam as normas penais, surge um problema quanto a aplicação do acordo de não persecução penal.

O problema consiste em admitir que sua celebração ocorra extrajudicialmente, sem o ajuizamento da ação penal, isto é, a celebração do acordo de não persecução penal acaba mitigando o princípio da obrigatoriedade e criando a possibilidade de o Ministério Público fazer uso do princípio da oportunidade, princípio que antes era destinado apenas aos delitos de iniciativa privada.

Nesse sentido, se o comportamento de desrespeitar normas penais não é digno de repressão criminal, o caminho que carregaria mais obviedade seria o de retirá-las do rol de infrações desta natureza, descriminalizando-a ou transferindo-a para outras esferas de repressão. Assim, a partir do momento que o ordenamento jurídico decide criminalizar uma conduta, seria inadequado fazer barganha em torno da persecução criminal, pois tal postura é capaz de trazer prejuízos para o interesse social em relação a punição dos infratores.<sup>78</sup>

Contudo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal vem sofrendo flexibilização há várias décadas nos países de *civil law*, mediante introdução de mecanismos alternativos que concretizam a opinião de oportunidade na persecução penal.

Nesse sentido, Aury Lopes Junior salienta que o Ministério Público brasileiro, ao contrário do americano, “tem sua atuação pautada pela legalidade e a vinculação

---

<sup>78</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Tese de Doutorado. Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 36. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 12 mar. 2021.

aos limites da lei, continuando a ser um poder condicionado pela legalidade, obrigatoriedade e indisponibilidade”<sup>79</sup>.

No ponto de vista internacional, percebe-se uma crescente mitigação do princípio da obrigatoriedade. Como ocorreu, por exemplo, na Alemanha<sup>80</sup>, em que os membros do Ministério Público (promotores ou *die Mitglieder des Staatsanwaltschaft*) possuem algumas peculiaridades em relação ao nosso sistema. Dentre as peculiaridades existentes, a que importa chamar a atenção é que o Ministro Federal de Justiça pode estabelecer parâmetros para determinar em quais casos não haverá o oferecimento da denúncia por parte da acusação.<sup>81</sup>

No Uruguai, por exemplo, com a reforma que ocorreu em 2018 houve a positivação do princípio da oportunidade no artigo 100.1<sup>82</sup> que dispõe sobre os casos em que o Ministério Público poderá não instaurar processo criminal ou abandonar aquele já iniciado.<sup>83</sup> Ou seja, no Uruguai ocorre não só a mitigação do princípio da obrigatoriedade, como também a mitigação do princípio da indisponibilidade.

No Brasil, a mitigação do princípio da obrigatoriedade não é algo novo, uma vez que já existem alguns institutos presentes em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>79</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. Saraiva Jur, 2020. p. 146.

<sup>80</sup> Guilherme Dezem (2020) cita Frederico Marques (Elementos de direito processual. Campinas: Millennium, 2009. vol. 1, p. 289) para explicar que “na Alemanha, a reforma processual de 1924 aboliu o princípio da legalidade, apoiando-se na regra – *minima non curat praetor*. Prescinde-se da ação penal no Direito Alemão, em vários casos de delitos, embora vigore a regra da obrigatoriedade, quando se trate de crime”.

<sup>81</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. RB 7.14. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>82</sup> Art. 100.1 O Ministério Público poderá não instaurar processo criminal ou abandonar aquele já iniciado, nos seguintes casos: a) no caso de crimes de pequena escala que não comprometam seriamente o interesse público, a menos que a pena mínima exceda os dois anos de privação de liberdade, ou que foram presumivelmente cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções; b) se for um ato ilícito que tenha trazido ao acusado aflição grave, cujos efeitos podem ser considerados maiores do que aqueles que derivam da aplicação de uma penalidade; c) se tiverem passado quatro anos desde a comissão do ato e presume-se que não haverá penalidade penitenciária nem concorrendo com alguma das causas que suspendem ou interrompem prescrição **apud** DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6ª Ed. São Paulo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. RB 7.14. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>83</sup> *Ibidem*, RB 7.14.

Esses institutos estão, em síntese, presentes no artigo 76 da Lei 9.099/95<sup>84</sup>, que trata da transação penal, no artigo 28-A do CPP<sup>85</sup>, no artigo 89 da Lei 9.099/95<sup>86</sup>, que trata da suspensão condicional do processo e no artigo 4º, §4º, da Lei 12.850/13<sup>87</sup>, que trata da colaboração premiada. Essas situações são expressões da justiça consensual de resolução de conflitos penais, a qual o ANPP surge como ampliação.

Assim, embora alguns institutos já estejam inseridos no nosso país há um tempo, conforme demonstrado, a inserção destes mecanismos de justiça consensual no nosso ordenamento jurídico gera, de forma clara, um conflito de princípios.

---

<sup>84</sup> 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. (...)

<sup>85</sup> 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: (...)

<sup>86</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. (...)

<sup>87</sup> 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: (...) § 4º Nas mesmas hipóteses do **caput** deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (...)

### 3 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Assentadas as premissas básicas do processo penal brasileiro, neste capítulo procurar-se-á abordar mais especificamente sobre como, onde e quando ocorreu a introdução e a inserção do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, bem como suas causas e razões, buscando apontar, de forma clara, os motivos pelo qual o ANPP enfrenta questões importantes e basilares do nosso sistema penal.

Assim, pretende-se que seja descortinado o objeto central desta pesquisa, qual seja, o acordo de não persecução penal desde a sua introdução no nosso ordenamento jurídico até o momento de sua efetiva inserção em nosso Código de Processo Penal.

#### 3.1 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Primeiramente, antes de adentrarmos à introdução do ANPP, é mister dialogarmos sobre a introdução dos mecanismos de justiça negociada no ordenamento jurídico pátrio para entendemos como chegamos até o acordo de não persecução penal.

O sistema de persecução penal acabou se tornando moroso, sobrecarregado e incapaz de dar uma resposta jurisdicional de qualidade a todos os casos a ele submetidos. Em razão dessa crise do sistema, o modelo de justiça baseada na negociação foi ganhando força ao propor uma maneira de ultrapassar as formalidades e burocracias através do diálogo e da celeridade.

Aury Lopes Junior traz alguns questionamentos pertinentes a respeito da crise do sistema, no sentido de que o *plea bargaining* pode ser um remédio para essa crise do processo penal, mas frisando que a depender da dose ministrada remédio vira veneno. Ou seja, o autor demonstra uma preocupação prospectiva a respeito do quanto o nosso sistema admite e tolera mecanismos de negociação sem prejuízo para a qualidade da administração da justiça.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. Saraiva Jur, 2020. p. 142.

Nessa toada, a justiça negociada acaba incorporando uma ideia de consenso ao processo penal, de modo que esse modelo de justiça comumente é tratado na doutrina como sinônimo de Justiça Consensual<sup>89</sup>. Na teoria contratual, o consenso é visto através do ponto comum que satisfaz o interesse das partes contratantes, possibilitando a realização do negócio jurídico e configurando a formação dos contratos que gera obrigações para ambas partes envolvidas. Logo, possuímos uma noção do direito privado introduzida na esfera criminal, e que parece, portanto, não muito compatível com os princípios que dominam a matéria na seara penal.<sup>90</sup>

Por oportuno, insta destacar que os atores protagonistas no modelo de Justiça Negociada são o Ministério Público, já que geralmente é o representante ministerial que apresenta a proposta, e o réu, que analisa a proposta do representante ministerial, avaliando se pretende celebrar o acordo ou, dependendo, fazer uma contraproposta exercida através de seu poder de negociação. Assim, ao magistrado cabe apenas a singela função de controlar a legalidade do procedimento, não devendo intervir sobre a vontade das partes devido a preservação da autonomia que é dada a elas. Além disso, a vítima não possui um papel em destaque, contudo, seus interesses são teoricamente representados pela atuação do Ministério Público.

No Brasil, é uma tendência inexorável a ampliação dos espaços de consenso no processo penal, que começou de forma tímida em 1995, com a Lei n.º 9.099 e os institutos de transação penal e suspensão condicional do processo, além da composição dos danos civis.

Segundo Alexandre Bizotto e Denival da Silva, apesar da existência inicial de inúmeras discussões a respeito da constitucionalidade dos acordos no processo criminal após a criação da Lei n.º 9.099/1995, logo houve a pacificação jurisprudencial no sentido da aplicação dos institutos fundados no consenso penal, de modo que a legislação ordinária vem aumentando o seu campo de atuação.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> A expressão *justiça negociada* ou *justiça consensual* apesar de serem vistas como sinônimos, por vezes, é colocada em distinção por alguns autores no que se refere estar ou não presentes atos de negociação efetiva entre as partes, bem como pelo grau de autonomia que é conferida às partes.

<sup>90</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Tese de Doutorado. Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 36. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 25 mar. 2021

<sup>91</sup> BIZOTTO, Alexandre e SILVA, Denival Francesco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. Editora Dialética, 2020. *E-book*. p. 23.

Tão bem explorada pelos economicistas, “a busca pelo consenso abriu pelas portas dos Juizados a possibilidade de se estabelecerem novos paradigmas penais”<sup>92</sup>. Além disso, os defensores do viés expansionista entendem que é uma realidade necessária aumentar os espaços de consenso.

Assim, os mecanismos de negociação foram expandidos através da delação premiada e, mais recentemente, com o acordo de não persecução penal, objeto do presente trabalho e que passaremos a ver mais estritamente.

### 3.2 CONCEITO E BREVE SÍNTESE

O acordo de não persecução penal visa, na esfera política criminal de descarcerização, a realização de acordo bilateral entre o Ministério Público e o perpetrador de ilícitos penais, para que este cumpra determinadas medidas ajustadas sem a necessidade de passar pelas mazelas que responder a um processo criminal pode acarretar.<sup>93</sup>

Assim, trata-se de um negócio jurídico processual penal entre investigado e Ministério Público, que “substancialmente constitui um acordo sobre pena, em que se aceita o cumprimento de uma pena restritiva de direitos, com benefício de sua redução, em troca de se abrir mão do processo”.<sup>94</sup>

O acordo é proposto nas ações penais de iniciativa pública e nas condicionadas à representação da vítima, somente para crimes que possuem determinada pena mínima, que seja praticado sem violência ou grave ameaça e o investigado deve confessar formal e circunstanciadamente a prática do delito que lhe é imputado. Mesmo que o agente ministerial tenha formado a sua *Opinio Delicti*, no sentido que seja crime e que ele poderia denunciar, para aqueles casos em que há provas suficientes de autoria delitiva e materialidade do fato delituoso, é possível celebrar o acordo de não persecução penal se presentes os requisitos constantes na lei.

No Brasil é cabível nos casos de “infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos”, conforme o *caput* do Art. 28-A, sendo

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>93</sup> BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. Editora JH Mizuno. 2020. *E-book*. p. 110.

<sup>94</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. RB 3.24. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 09 fev. 2021.



esse o pressuposto geral do acordo<sup>95</sup>. Para aferição da pena mínima cominada ao delito, são consideradas as causas de aumento e diminuição de pena aplicáveis ao caso concreto. Devendo ser a pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e a pena máxima cominada é irrelevante.

Com a celebração do acordo, que ocorre na fase extraprocessual, o investigado, ao aceitá-lo, não responde à persecução penal, sendo que sua pena e o processo são negociados e as condições vão desde a reparação do dano até a prestação pecuniária ou de serviço à comunidade, especificadas na lei, cumulativa e/ou alternativamente.

Após ajustados os termos do acordo, que deverá ser formalizado em instrumento escrito, o Ministério Público deve enviá-los ao Poder Judiciário para que o juiz designe uma audiência a fim de verificar a voluntariedade e a plena consciência do investigado ao conteúdo do acordo, bem como fará a análise de sua legalidade, possuindo, portanto, um papel de mero homologador. A homologação ou a não homologação do acordo varia conforme a regulamentação de cada país.

Há a possibilidade de o juiz não homologar o acordo por constatar algum vício, contudo, é possível que os vícios sejam sanáveis, de modo que o juiz devolve os autos ao Ministério Público, indicando os pontos que representam empecilho à homologação e para que seja reformulada a proposta do acordo.

Celebrado o acordo e homologado judicialmente, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie o cumprimento da pena perante o juízo de execução penal, devendo a vítima ser intimada da homologação, bem como de possível descumprimento.

Ao final, caso o acordo não tenha sido rescindido<sup>96</sup>, haverá a extinção da punibilidade perante o juízo de execução penal. Além disso, por não se tratar de sentença condenatória, não gera reincidência<sup>97</sup>. Por outro lado, caso haja o descumprimento das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo para rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, RB 3.24.

<sup>96</sup> DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime** Lei 13.964/2019. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. RB 3.9. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>97</sup> CP. Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

De outra banda, mesmo presentes os pressupostos e os requisitos para a celebração do acordo, não se trata de direito público subjetivo do investigado, ou seja, trata-se de um espaço de consenso. Todavia, o que ocorre é que na hipótese de o Ministério Público se recusar a propor o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior.<sup>98</sup>

Após vermos singelamente o funcionamento desse instituto, surge a importância de compreendermos um pouco mais dos motivos que levam alguns países a incluírem esses acordos em seus sistemas, sob a perspectiva de como estes sistemas são e por que o acordo funciona em determinada sociedade. Ou seja, o quanto o acordo condiz com o sistema do país que o adotou<sup>99</sup>.

Isso é importante porque a partir do momento em que um país adota o acordo de não persecução penal e o acordo começa a fazer parte daquele ordenamento jurídico, ocorre uma série de mudanças que precisam ser compreendidas e analisadas tanto pelo ponto de vista do direito, quanto pelo ponto de vista da sociedade, que possui interesse na pena que o investigado deveria cumprir ao cometer um delito - se ocorresse a condenação -, ou, ainda, pela pena que o investigado deverá cumprir sem responder ao processo em que tinha chances de ser absolvido.

### 3.3 PRINCIPAIS INSTITUTOS QUE SERVIRAM DE PARÂMETRO

No Estado democrático de direito, a possibilidade de o Estado impor uma pena aos infratores do direito penal, através da aplicação de normas de natureza pública, pressupõe a existência de um processo justo, paritário, com garantias, com produção probatória e com debate entre as partes que o conduzem ao reconhecimento e à delimitação da culpabilidade, com a finalidade de legitimar o exercício do poder punitivo. Acusado e acusador colocam-se em posições antagônicas, os quais apresentam seus argumentos e provas a um terceiro imparcial, que possui o papel de decidir com base nos dispositivos legais e no livre convencimento.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 *E-book*. RB 3.24. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 09 fev. 201.

<sup>99</sup> COUTO, Marco. **Devido processo legal x due process of law**: (Transação penal x *plea bargaining*). Ed. Justiça e Cidadania, 2017. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/devido-processo-legalxdue-process->. Acesso em: 06 fev. 2021.

<sup>100</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Tese de Doutorado. Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 30-31.

Todavia, nos últimos anos, diversos países vêm incorporando em seus sistemas penais formas de negociação pelas quais o fiscal da lei realiza um acordo diretamente com o acusado (na presença de seu defensor), sem que haja uma persecução penal. Essa prática já se verifica de longa data em países que fazem parte do sistema *common law*, mas sua introdução a ordenamentos jurídicos integrantes do *civil law* é mais recente.<sup>101</sup>

O acordo no âmbito nacional teve inicialmente orientação do sistema jurídico da Itália, que possui o sistema *civil law* similar ao nosso, por meio do instituto do *patteggiamento*<sup>102</sup>, o qual temos como exemplo da aludida inspiração a transação penal da Lei n.º 9.099/95.

Outrossim, a fim de justificar a implementação do presente acordo no nosso sistema, o Conselho Nacional do Ministério Público optou por se basear na experiência alemã como precedente do direito comparado.<sup>103</sup> Apesar de não existir, na Alemanha, previsão legal à época, foi deste instituto que aquela comissão de estudos buscou o procedimento voltado ao consenso entre as partes, além de invocar o princípio da eficiência e o fato do reconhecimento, pelo texto constitucional, de um sistema acusatório.

Uma diferença importante que vigora no acordo celebrado na Alemanha em relação ao acordo celebrado no Brasil é que naquele é permitido o envolvimento da acusação, do juízo e da defesa, enquanto neste o juízo apenas se manifesta para homologar o acordo. Assim, a legitimidade de o juiz conduzir os acordos é um dos

---

Disponível em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-171120\\_11-110813/pt-br.php](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-171120_11-110813/pt-br.php). Acesso em: 25 mar. 2021.

<sup>101</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Tese de Doutorado. Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 36. Disponível em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-171120\\_11-110813/pt-br.php](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-171120_11-110813/pt-br.php). Acesso em: 25 mar. 2021

<sup>102</sup> “*Patteggiamento* é o *nomem juris* de um instituto jurídico do direito processual penal acusatório italiano, introduzido no ordenamento jurídico em 1981 (curiosamente ainda na vigência do sistema inquisitório), relativo à negociação das penas, que se foi desenvolvendo até hoje, e que constitui um importante instrumento de deflação processual ao nível da pequena e média criminalidade”. ANGELINI, Roberto. **A negociação das penas no direito italiano**. Coimbra Editora. Julgar- N.º 19 – 2013. p.1. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

<sup>103</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento de Estudos e Pesquisas 01. Pronunciamento Final em Procedimento de Estudos. Ob. cit., p. 30. Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo\\_PIC.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_PIC.pdf). Acesso em: 07. abr. 2021.

principais motivos que levaram a conformação do instituto naquele sistema, tanto pela jurisprudência quanto pela legislação<sup>104</sup>.

Todavia, observa-se que a crescente influência dos institutos da *Common Law* nos leva a entender o acordo criminal a partir do instituto jurídico do *plea bargaining* desenvolvido nos Estados Unidos.<sup>105</sup>

Nesse sentido, Máximo Langer entende que estes mecanismos de negociação foram importados, pois tiveram sua origem no direito anglo-saxão, mais especificamente no *plea bargaining* dos Estados Unidos<sup>106</sup>. Assim, o autor entende que houve uma espécie de importação dessa tradição jurídica aos processos penais de tradição continental-europeu e latino-americana. O autor salienta que a expressão “importação” de mecanismos processuais ou instituições é usada em um sentido fraco, não no sentido de que essas importações sejam mera reprodução de institutos ou ideias de outros sistemas jurídicos, mas que, em muitos casos, o direito comparado serviu apenas como uma fonte de inspiração para realizar reformas.<sup>107</sup>

A discussão sobre a barganha no processo penal é fundamental para entendermos as habilidades que são oferecidas aos agentes processuais. Para Aury Lopes Júnior, para entender a barganha é necessário entender o Teorema de Coase, segundo o qual demonstra que a negociação sobre a culpa e a pena será sempre mais eficiente, por tratar de decisão consensual, do que enfrentar uma persecução penal. O Teorema de Coase demonstra, ainda, que se houver chances de negociação, com direitos de propriedade definidos (o que pode ser negociado e o titular), o resultado será melhor.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> § 257c, nº 1 e nº 3, parte final, do Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozessordnung – StPO*). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>105</sup> BIZOTTO, Alexandre e SILVA, Denival Francesco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. Editora Dialética, 2020. *E-book*. p. 27.

<sup>106</sup> LANGER, Máximo. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado. Tortura y plea bargaining**, Buenos Aires: Editores El Puerto, 2001. p. 98.

<sup>107</sup> *En este trabajo, utilizo la expresión "importación" de mecanismos o instituciones procesales en sentido débil. Es decir, no estoy diciendo que estas "importaciones" sean meras reproducciones de institutos o ideas de otros sistemas jurídicos. En muchos de estos casos, el derecho comparado sólo ha servido como una fuente de inspiración para realizar reformas* - LANGER, Máximo. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado. Tortura y plea bargaining**, Buenos Aires: Editores El Puerto, 2001. p. 98.

<sup>108</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Um ano do pacote anticrime**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *Ebook*. Não numerado.

Na linha do *plea bargaining*, nos Estados Unidos, o investigado possui três alternativas a seguir com a assistência de seu defensor, que são: (a) confessar a culpa (*plead guilty*); (b) negar a culpa (*not guilty*); e, (c) não se defender (*no contest, nolo contendere*). Quando o acusado decide confessar ou não se defender, surge a barganha com a negociação sobre a acusação e a pena.<sup>109</sup>

No Brasil, conforme visto anteriormente, o acordo de não persecução penal só é aplicado nos casos em que o investigado confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito que lhe é imputado, de modo que se enquadraria na modalidade da barganha da *plead guilty*. Desse modo, a barganha significa um novo modo de pensar o processo penal através do acordo de não persecução penal.

Contudo, tentar encaixar a barganha no processo penal brasileiro demonstra ser um erro lógico de abordagem. Isso porque os pressupostos da barganha que são a disponibilidade da ação penal e do direito ao processo acabam por modificar o regime de produção do nosso ordenamento jurídico.<sup>110</sup>

Assim, fazer tratativas em torno da pena acaba gerando uma significativa transformação em nosso ordenamento jurídico, porque ao inserir o acordo de não persecução penal em nosso sistema, ocorre uma inclusão de normas que são criadas, usadas e dotadas de tradição jurídica de um determinado modelo de processo penal que não o nosso, mesmo que haja algumas diferenças quanto a sua aplicação, a sua finalidade é a mesma.

### 3.4 DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A INSERÇÃO DO ACORDO

Após uma breve síntese acerca do conceito e dos principais institutos que serviram de parâmetro no direito comparado, é cristalino que o acordo de não persecução penal possui um importante papel no sistema penal anglo-saxão. Essa importância se dá naquele sistema porque, além do instituto ter sua origem oriunda daquele sistema, isto é, possuir uma tradição jurídica na prática, o instituto não apresenta uma transformação que afete significativamente as partes (naquele

---

<sup>109</sup> BIZOTTO, Alexandre e SILVA, Denival Francesco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. Editora Dialética, 2020. *E-book*. p. 30.

<sup>110</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Um ano do pacote anticrime**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *Ebook*. Não numerado.

sistema), pois as partes estão em uma posição de igualdade, sendo ambas donas da demanda.

Em contrapartida, no sistema continental-europeu e latino americano, o qual estamos mais inclinados, ocorre algumas transformações na visão que tínhamos do processo penal antes de adotar a ampliação da justiça consensual. Apesar disso, alguns operadores do direito apoiam a inclusão deste instituto em nosso Código de Processo Penal por diversas razões, principalmente agora que está legalizado<sup>111</sup>, razões que buscam justificar a necessidade do ANPP no Brasil.

Para uma melhor compreensão acerca do que ensejou, de fato, a inserção do acordo de não persecução penal no Brasil, é importante que façamos uma análise detida dos argumentos favoráveis da doutrina, bem como a preocupação que tais argumentos geram em nosso processo penal por romperem com a concepção tradicional de prestação da justiça.

### 3.5 DOS ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS

Durante muitos anos, o processo penal foi visto como complexo e com um alto nível de garantias que surgiram após a fase de inquisição na Europa. Nessa linha, o modelo americano também adotou altos níveis de garantias processuais que fundaram o *due process of law* (devido processo legal) e que, de certa forma, tais garantias passaram a ser atacadas em razão do processo ter se tornado excessivamente caro, moroso e complexo.<sup>112</sup>

Uma das principais razões dos operadores do direito que defendem e apoiam a inclusão de mecanismos de justiça negociada em nosso ordenamento jurídico é o argumento de que o nosso Poder Judiciário se encontra com uma grande demanda de processos. Esse argumento, inclusive, consta no estudo comparativo anotado – resolução N.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, em que comissão de estudos menciona que é imprescindível que sejam tomadas providências no sentido de aliviar a carga desumana de processos que se acumulam nas Varas Criminais.

---

<sup>111</sup> DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime** Lei 13.964/2019. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. RB 3.9. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>112</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**, 6. ed. Saraiva Jur, 2020.

Nesse sentido, como o acordo de não persecução penal é celebrado diretamente entre o acusador e o acusado, sendo que o Poder Judiciário só intervém no momento em que o Juiz realiza a homologação, a inserção do instituto acaba aliviando as demandas judiciais criminais, bem como trazendo certa celeridade. A celeridade ocorre porque a tramitação dos processos no Poder Judiciário leva dias, meses ou até mesmo anos para ter o seu julgamento, enquanto o ajuste do acordo e sua celebração podem ser feitos em poucos minutos.<sup>113</sup>

Assim, levando em consideração as inúmeras propostas de transformação do processo penal no cenário de intensos questionamentos relativos à morosidade do sistema<sup>114</sup>, o acordo de não persecução penal surge como um meio importante de alcançar o objetivo sem a necessidade de utilizar de muitos recursos públicos.

De acordo com Aury Lopes Júnior, tanto no acordo de não persecução penal quanto no *plea bargaining* os mecanismos de negociação são meios de aceleração, redução de custos, com simplificação procedimental e melhoria da eficiência do sistema judicial, isso porque consegue decisões com trânsito em julgado sem a necessidade de passar por toda a persecução penal, que muitas vezes são julgamentos custosos e demorados.<sup>115</sup>

Nesse sentido de ampliação da justiça negociada, Guilherme Madeira Dezem expõe que não seria lógico que o nosso sistema permitisse todos os outros institutos que já estão em vigor e não permitisse a inserção do acordo de não persecução penal, na perspectiva de que o direito deve ser lógico e sistêmico.<sup>116</sup>

Outrossim, a economia que gera ao erário público também é notória. Com o ANPP incluso em nosso sistema, tanto o Ministério Público quanto o Poder Judiciário acabam economizando, pois não ocorre a ação judicial. Isto é, o acusador não precisa fazer nenhuma investigação, pois a verdade é dada como presumida no momento em que o investigado assuma a culpabilidade - um dos requisitos para a celebração do

---

<sup>113</sup> COUTO, Marco. **Devido processo legal x due process of law**: (Transação penal x *plea bargaining*). Ed. Justiça e Cidadania. 2017. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/devido-processo-legalxdue-process->. Acesso em: 06 fev. 2021

<sup>114</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. *Ebook*. p. 25.

<sup>115</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Um ano do pacote anticrime**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *Ebook*. Não numerado.

<sup>116</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6ª. ed. São Paulo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. RB 6.3. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 09 fev. 2021.

acordo -, então não se torna necessária qualquer expedição de ofício ou qualquer outra diligência para a busca da verdade, não tendo, assim, que lidar com o ônus da prova. No mesmo sentido, o juiz ao homologar o acordo possui o “julgamento” imediato, diminuindo drasticamente sua carga de trabalho. Assim, conseqüentemente, ocorre a economia de recursos humanos e financeiros.

Com isso, Aury Lopes Júnior entende que é perceptível que a redução dos casos penais é um dos principais efeitos da barganha. Tanto assim, que nos Estados Unidos cerca de 90% dos casos penais são resolvidos na modalidade do *plea bargaining*, ou seja, ocorre o reconhecimento de culpabilidade obtido por meio de acordos entre acusação e defesa, de modo que torna a barganha inerente à vida econômica<sup>117</sup>.

Dito isso, o autor entende que é razoável que as zonas de consenso sejam vistas no processo penal através de três argumentos: a) estar conforme o princípio do modelo acusatório; b) resultar de um ato voluntário e c) proporcionar celeridade na administração da justiça.

Percebe-se, portanto, que por diversas razões é compreensível os argumentos favoráveis ao acordo de não persecução penal e outras formas de justiça penal negociada. Contudo, alguns argumentos ainda são fortemente questionados por alguns autores que se preocupam com o rumo que o processo penal tende a levar com a inserção do instituto em nosso ordenamento jurídico.

É perceptível que muitos são os obstáculos que a teoria da barganha enfrenta em nosso sistema. Obstáculos que podem ser inicialmente observados através da violação que a barganha causa ao pressuposto fundamental do monopólio legal e jurisdicional que, a partir da negociação o poder de punir encontra-se nas mãos do Ministério Público, que passa a atuar com discricionariedade, não passando (o poder de penar) de forma tradicional pelo controle jurisdicional<sup>118</sup>.

Os argumentos de que o processo penal precisa ser célere e que o ANPP proporciona a eficiência e a economia necessária são fundamentadamente rechaçados por autores como Aury Lopes Júnior e Vinicius Gomes de Vasconcellos, que fazem diversas críticas quanto aos limites que devem ser impostos.

Nesse sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos entende que a porcentagem de casos penais resolvidos na modalidade do *plea bargaining* nos Estados Unidos é

---

<sup>117</sup> LOPES JUNIOR., Aury. **Um ano do pacote anticrime**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *Ebook*.

<sup>118</sup> LOPES JUNIOR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. Saraiva Jur, 2020. p. 147.



perturbadora e ameaçadora, porquanto os acordos são realizados sem a necessidade de provas incriminatórias sólidas e lícitas<sup>119</sup>.

De outra banda, quando Aury Lopes Júnior trata dos limites que devem ser impostos na busca de um processo penal mais célere, ele é categórico ao parafrasear Carnelutti e concluir que “negociar sobre a pena é como um remédio muito forte: se bem utilizado, pode salvar o paciente (o processo penal), mas, se houver abuso dela, vai matar o processo penal!”.<sup>120</sup>

No que tange ao requisito da necessidade de o investigado assumir a culpabilidade também devem ser feitas algumas considerações. Normalmente o investigado se encontra em uma situação de desgaste frente à acusação que torna o acordo sedutor. Por vezes, o investigado prefere assumir a culpabilidade (mesmo sendo inocente) e cumprir uma pena mais branda, do que enfrentar o processo penal – com a presença da pressão da acusação – podendo cumprir uma pena maior.

Nas lições de Vinicius de Vasconcellos, compreende-se que o investigado se encontra em uma situação de pressão psicológica, então a investigação torna o acordo mais “desejável”, sendo perceptível, portanto, a desigualdade das partes envolvidas no acordo, que claramente viola a garantia de paridade das armas.<sup>121</sup>

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Junior entende que a confissão é uma “rainha das provas no modelo negocial” e acaba recusando toda a “evolução epistemológica da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores”, bastando os atos de investigação da fase inquisitória (com pouca influência da defesa) seguidos de uma confissão. O autor salienta, ainda, que “é inegável que toda negociação com o autor de um crime é o reconhecimento da incapacidade do Estado de investigar e produzir prova”.<sup>122</sup>

Embora complexa a questão, não parece viável, ao menos no atual momento, a concessão de amplo poder de barganha ao Ministério Público que acaba tendo tanto

---

<sup>119</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. *Ebook*. p. 27.

<sup>120</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**, v. II. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 75. **apud** LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**, 6. Ed. Saraiva Jur, 2020. p. 164.

<sup>121</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. **Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009)**. Revista Quaestio Iuris. Vol. 09, n.º 03, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1737-1758. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20135>. Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>122</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. Saraiva Jur, 2020. p. 156-157.

o poder de julgar quanto o poder de acusar e, conseqüentemente, o investigado passa a ser visto como um mero objeto do processo.

No prefácio da obra de Vinícius Vasconcellos, Aury Lopes Júnior é explicativo ao argumentar que a barganha não decorre do modelo processual penal acusatório (como defendem alguns), salientando que a partir do estudo do objeto do processo é possível concluir que “o Ministério Público não pode(ria) negociar ‘pena’, porque não possui pretensão punitiva, senão a pretensão acusatória, já que o poder de punir é do Estado-Juiz”. Por fim, o autor novamente cita Carnelutti, para complementar sua explicação, no sentido de que não compete ao MP o poder de punir, mas sim o de promover a acusação por meio do processo.<sup>123</sup>

Insta salientar que além dos argumentos trazidos neste item, é perceptível, no decorrer do presente trabalho, outras diversas críticas quanto à inserção do ANPP em nosso ordenamento, em especial, no capítulo anterior, o qual foi tratado algumas premissas basilares do processo penal, os princípios - como o da obrigatoriedade, por exemplo -, bem como a atuação do Ministério Público etc.

De mais a mais, apesar da nossa estrutura processual ser de cariz inquisitivo, atualmente a justiça penal negociada já é realidade em nosso país, existindo acordos que são realizados com as partes para diversas situações<sup>124</sup>, podemos dizer, então, que tais mecanismos foram inseridos a fórceps no direito brasileiro.

Considerando, portanto, que o acordo de não persecução penal já é uma realidade inegável no sistema brasileiro, passar-se-á à breve análise do momento de sua inserção no direito em nosso país.

### 3.6 NOÇÕES GERAIS DA RESOLUÇÃO N.º 181 DO CNMP

Parte-se, finalmente, à análise da introdução do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, que é inserida, primeiramente, em uma

---

<sup>123</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. *Ebook*. p. 16-17.

<sup>124</sup> Conforme já vimos no decorrer do presente trabalho, a composição de danos (procedimento sumaríssimo - lei 9.099), instituto da transação penal (procedimento sumaríssimo - lei 9.099/95), a suspensão condicional do processo (art. 89 da lei 9.099/95, mas se aplica a todo e qualquer processo penal que tenha por objeto crime cuja pena mínima cominada em abstrato não ultrapasse 1 ano), mecanismos de delação premiada e, mais recentemente, a colaboração premiada (Lei 12.850/2013, seção 1).

resolução do Ministério Público e, posteriormente, incluída em nosso Código de Processo Penal.

Pode-se dizer que o acordo de não persecução penal inicialmente foi estudado e debatido perante o Procedimento de Estudos e Pesquisas n.º 01/2017<sup>125</sup>.

Assim, diante do cenário de crise do sistema de justiça criminal brasileiro exposto anteriormente e pelo Pronunciamento Final no Procedimento de Estudos e Pesquisas n.º 01/2017, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP editou a Resolução n.º 181, de 7 de agosto de 2017, inserindo o acordo de não persecução penal em nosso sistema – mesmo que não legalizado -, e, conseqüentemente, ampliando a justiça criminal consensual no Brasil. Assim, o ANPP foi inaugurado pela referida resolução sendo destinado a crimes que não são abarcados pelos institutos consensuais já existentes.

Por oportuno, insta salientar que a Resolução n.º 181/2017 posteriormente foi alterada pela Resolução n.º 183/2018 e, dispõe sobre “a instauração e tramitação do procedimento investigatório a cargo do Ministério Público”, apresentando em seu artigo 18<sup>126</sup> a figura do acordo de não persecução penal.

Nesse sentido, torna-se mister sublinhar, *ipsis litteris*, as seguintes premissas invocadas pelo CNMP no preâmbulo<sup>127</sup> da aludida Resolução:

[...] Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais [...]

<sup>125</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento de Estudos e Pesquisas 01. Pronunciamento Final em Procedimento de Estudos. Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo\\_PIC.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_PIC.pdf). Acesso em: 11 abr. 2021.

<sup>126</sup> Resolução 181, alterada pela Resolução nº 183. 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 (...)

<sup>127</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 181. p. 2. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucoes/Resolucoes-181-1.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Percebe-se, portanto, que o foco da proposta trazida pelo CNMP era justamente ampliar o consenso no processo penal, visando alcançar um procedimento mais célere, bem como priorizar os recursos humanos e financeiros.

Por ser uma regulamentação dada pelo CNMP, este ato normativo não foi amplamente aceito por diversos operadores do direito. Nesse sentido, passaremos, agora, à uma breve análise das impressões iniciais que a Resolução n.º 181/2017, alterada pela Resolução n.º 183/2018, causou em alguns operadores do direito, em especial, na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e na Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

### 3.6.1 Das impressões iniciais da Resolução n.º 181/2017

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 130-A, § 2º, como atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público as relacionadas ao “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, não sendo facultado ao órgão, portanto, a criação de institutos de natureza processual penal.

Nesse sentido, ao criar a figura do acordo de não persecução penal, o CNMP estava, conseqüentemente, criando um instituto de natureza processual penal, sendo que o órgão não possui previsão legal para legislar sobre matéria processual penal. Logo, isso justifica o motivo pelo qual a Resolução n.º 181/2017, alterada pela Resolução n.º 183/2018, teve sua constitucionalidade constantemente questionada, além de não ter sido bem recebida por todos os Ministérios Públicos do Brasil<sup>128</sup>.

Quanto aos Ministérios Públicos do país não receberem positivamente o acordo constante na já citada Resolução, foi resolvida a discordância quando o Ministério Público do Ceará apresentou *Reclamação para Preservação da Competência e da Autoridade das Decisões do Conselho*, noticiando a postura adotada pelos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Rio de Janeiro e Distrito Federal e Territórios que possuíam recomendações aos seus membros que se abstivessem de firmar o ANPP até posterior deliberação.

---

<sup>128</sup> 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. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfaccdir/article/view/77401>. Acesso em: 28 abr. 2021.

Assim, o Ministério Público do Ceará requereu o reconhecimento e imediato cumprimento da Resolução n.º 181/2017, sendo que no dia 28 de setembro de 2017 a liminar pleiteada foi deferida.<sup>129</sup>

Em relação à alegada contrariedade à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o tema foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADI 5790<sup>130</sup>) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (ADI 5793<sup>131</sup>), por meio do qual sustentaram, em síntese, a inconstitucionalidade formal e material das normas da resolução do CNMP que tratam do acordo de não persecução penal, além disso, o fato de que compete privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal fez com que o CNMP extrapolasse o seu poder de regulamentar a ele conferido.

No mérito da demanda, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil solicitou a procedência do pedido com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, *caput*, artigo 2º; inciso V; artigo 7º, incisos I, II, III; e artigo 18, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP. Por outro lado, a Associação dos Magistrados Brasileiros solicitou que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade de toda a norma, exceto do artigo 24, que em sua redação apenas revoga a resolução antecedente.

Atualmente, tanto a ADI 5790 quanto a ADI 5793 possuem manifestação da Procuradoria-Geral da República pelo reconhecimento da perda superveniente do objeto, diante da entrada em vigor da Lei 13.964/2019. Ambos autos já possuem manifestação da parte autora e encontram-se conclusos ao Relator Ricardo Lewandowski.

Por derradeiro, mister destacar que a Resolução importa em ofensa aos princípios da imparcialidade, ampla defesa, impessoalidade, contraditório e devido processo legal.

---

<sup>129</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Reclamação para Preservação da Competência e da Autoridade das Decisões do Conselho. Decisão Liminar, Brasília, 02 de outubro de 2017. Disponível em: <https://diarioeletronico.cnmp.mp.br/ords/f?p=102:0::BAIXARPDF:NO:RP,0:NUMDIARIO:2964>. Acesso em: 12 abr. 2021.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5790**, Brasília, 06 de outubro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 12 de abr. 2021.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5793**, Brasília, 06 de outubro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 12 abr. 2021.

Obviamente, apesar da Resolução n.º 181/2017 vir imbuída de alta polêmica por operadores do direito, serviu de inspiração para a inclusão da nova sistemática negocial no Código de processo Penal.

Nesse quadro, após diversas discussões a respeito do tema, sendo que algumas discussões ainda continuam presentes até os dias de hoje, o acordo de não persecução penal finalmente foi incluído no art. 28-A do Código de Processo Penal através da Lei 13.964 de 2019<sup>132</sup>, o qual veremos mais detidamente no item seguinte.

### 3.7 ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Surgindo como mais um mecanismo de justiça penal negociada, o acordo de não persecução penal é inserido em nosso Código de Processo Penal, em seu artigo 28-A, pela Lei 13.964/2019.

Segundo Gustavo Badaró, esse mecanismo de justiça penal negociada surgiu visando uma melhoria na economia, na celeridade e na eficiência para resolver os conflitos. Todavia, é inegável o quanto compromete a qualidade da justiça, pois não possui a finalidade de legitimar o exercício do poder punitivo estatal por meio do devido processo legal. O autor entende que “entre punir melhor ou punir mais, ficou-se com o segundo objetivo”.<sup>133</sup>

A Lei 12.964/2019 que alterou o Código de Processo Penal e adotou o instituto em questão, tratou de corrigir a redação que já havia sido dada pela Resolução n.º 181 do CNMP. Evidentemente, sanou o questionamento relacionado ao princípio da legalidade, por ser uma norma compatível (lei em sentido estrito) e buscou sanar algumas irregularidades, inovando em diferentes aspectos, como veremos a seguir.

Conforme citado no decorrer do presente trabalho, o acordo de não persecução penal consiste na celebração de um acordo entre o Ministério Público (que faz a proposta) e o acusado (que aceita e cumpre as medidas). Ao final, caso não tenha sido rescindido o acordo, haverá a extinção da punibilidade.

O artigo 28-A do CPP traz em sua redação requisitos e condições para que seja elaborado e celebrado o acordo de não persecução penal. Por se tratar de um artigo

---

<sup>132</sup> BRASIL. DECRETO LEI N.º 3.689 DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de Abr de 2021.

<sup>133</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. RB 3.24. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 20 abr. 2021.

longo, que possui 14 (quatorze) parágrafos, passaremos a uma análise fracionada, a fim de alcançarmos um melhor entendimento a respeito do tema.

### 3.7.1 Dos requisitos do acordo de não persecução penal

O artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal estabelece os requisitos que devem estar presentes para a efetivação do acordo. A lei dispõe o seguinte, *in verbis*:

“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”

Portanto, é possível extrair os seguintes requisitos: não ser caso de arquivamento; o investigado ter confessado formal e circunstancialmente a prática da infração; tratar-se de infração penal sem violência ou grave ameaça; cominação de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; ser o acordo necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A fim de um melhor entendimento a respeito do objeto do presente trabalho, passaremos a analisar, em síntese, cada um dos requisitos separadamente.

#### 3.7.1.1 Não ser caso de arquivamento

Nota-se que a primeira parte do dispositivo menciona que o acordo poderá ser realizado quando não for caso de arquivamento da investigação criminal.

Este requisito é importante porque os casos de arquivamento são vinculados à ausência de indícios de autoria, de atipicidade da conduta, de prova de materialidade do delito e da punibilidade já se encontrar extinta. Nesse sentido, caso estejam presentes uma destas hipóteses de arquivamento, não cabe ao Ministério Público formular a proposta do acordo visando, com isto, a contornar o impedimento legal que decorre da falta de justa causa para o oferecimento de denúncia.<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 311.

Portanto, através deste requisito, busca-se eludir que acordos de não persecução penal sejam celebrados com base em investigação que sequer possui elementos mínimos e necessários para propor a ação penal.

### 3.7.1.2 O investigado ter confessado a prática do delito

Para que ocorra a celebração do acordo, é necessário que o investigado confesse formal – aquela confissão realizada por escrito e que deve constar no termo do acordo – e circunstancialmente a prática do delito que lhe é imputado. Entende-se circunstancial no sentido de que o investigado deve assumir, com detalhes de todas as circunstâncias, o cometimento do delito.

Insta salientar, por oportuno, que parte da doutrina entende que é inconstitucional a exigência da confissão para a celebração do acordo de não persecução penal, sob o argumento de que implica em o investigado se autoincriminar.

Nessa toada, Norberto Avena<sup>135</sup> entende que para que seja formalizado o acordo, não há nenhuma inconstitucionalidade no requisito da confissão formal e circunstancial. Ainda, é categórico ao afirmar que o ANPP se situa no plano da voluntariedade por parte do investigado, entendendo que o acordo só é celebrado se o investigado quiser. Ou seja, sendo a vontade do investigado em acordar com o MP, deve cumprir os requisitos legalmente previstos para tanto.

Por outro lado, Aury Lopes Júnior<sup>136</sup> ao refletir sobre o requisito, sustenta que a supervalorização da confissão para legitimar uma pena antecipada é sensível em termos de “voluntariedade” e “consenso”. O autor explica, ainda, que é mais simples e favorável para o Estado obter uma confissão do que obter uma prova.

É interessante mencionar, por oportuno, que a questão de o investigado ter que confessar formal e circunstancialmente a prática do delito para realizar o acordo de não persecução penal é objeto da ADI 6304<sup>137</sup>, ajuizada pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ADBIM, que questiona aspectos trazidos pela Lei

---

<sup>135</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 313.

<sup>136</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. Saraiva Jur, 2020. p. 155.

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6304, Brasília, 16 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em: 15 abr. 2021.



Anticrime, inclusive, argumenta que a obrigação imposta pela Lei através deste requisito fere o princípio da presunção da inocência.

Diante do exposto, entende-se que poderia ser feito uma pesquisa apenas para tratar deste requisito, pois engloba diferentes pontos de vista na doutrina e argumentos constitucionais extremamente importantes.

Portanto, me limito apenas a trazer essas questões através de uma análise não tão aprofundada sobre o requisito em questão, tendo em vista que ainda não há um consenso doutrinário e encontra previsão legal.

### 3.7.1.3 Tratar-se de infração penal sem violência ou grave ameaça

Na sequência, o artigo 28-A prevê um aspecto relativo à natureza da infração penal investigada. Ou seja, viabilizando que o acordo seja celebrado apenas nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça.

Ao refletir sobre este requisito, Gustavo Badaró<sup>138</sup> é categórico ao qualifica-lo como um pressuposto negativo para o cabimento do ANPP, contudo o autor acaba não justificando tal afirmação.

Norberto Avena<sup>139</sup> entende que as infrações cometidas com grave ameaça ou violência revelam maior periculosidade social do indivíduo, não devendo fazer jus ao acordo de não persecução penal. Ao tratar do assunto, o autor explica que o requisito tem relação com a pessoa do ofendido, não sendo abarcado a violência contra coisas (arrombamento, dano etc.).

Assim, como uma forma de ser justo à vítima, caso tenha ocorrido o delito com violência ou grave ameaça, deve ser instaurada a ação penal e não ser proposto o acordo de não persecução penal.

Outra questão importante de ser trazida ao presente trabalho é de que a legislação não especifica a aplicação do artigo 28-A apenas para crimes culposos, ou seja, por interpretação é entendível que cabe tanto a crimes culposos quanto a crimes dolosos.

---

<sup>138</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. RB 3.24. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>139</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 312.

De modo geral, entende-se que o legislador agiu certo em impor a limitação constante neste requisito para celebrar o ANPP.

#### 3.7.1.4 Cominação de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos

O artigo 28-A prevê, ainda, como requisito para a celebração do ANPP, que a cominação de pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos. Cabendo, portanto, a todas as contravenções penais e crimes cuja pena mínima cominada seja de até quatro anos.

De acordo com Norberto Avena, esse patamar de pena foi escolhido pelo legislador por considerar que esse patamar vem sendo usado no processo penal como uma forma de parâmetro para verificar a gravidade do crime. O autor explica, ainda, que a lei não diferencia a natureza da pena prevista (se reclusão, se detenção ou prisão simples).<sup>140</sup>

Por outro lado, Eugênio Pacelli entende que ao escolher a pena mínima de até quatro anos, o nosso processo penal acaba de dar uma “verdadeira guinada” em relação ao nosso modelo de justiça penal, de modo que acaba optando pela não aplicação da pena privativa de liberdade.<sup>141</sup>

Entende-se que há de ser amplamente questionado a escolha da pena mínima, isso porque implica à uma grande questão no âmbito da política criminal, pois abrange um número considerável de crimes.

Ao fim, importante trazer à baila que é necessário considerar as causas de aumento e de diminuição de pena aplicáveis ao caso concreto (art. 28-A, § 1º, do CPP) para aferir a pena mínima cominada ao delito que deve ser inferior a 4 (quatro) anos.

#### 3.7.1.5 Necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime

Por fim, o acordo deve ser considerado necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, circunstância já conhecida como critério de modulação da pena, conforme o artigo 59<sup>142</sup> do Código Penal (CP).

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, 312.

<sup>141</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 24. ed. Atlas, 2020. p. 815.

<sup>142</sup> CP. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)

Contudo, diferente do que ocorre na persecução penal, no acordo de não persecução penal é condicionante, em primeiro lugar, ao Ministério Público decidir sobre a necessidade e suficiência do ANPP para reprovar e prevenir o crime. Em segundo lugar é reservado ao juiz, responsável pela homologação do acordo.

Além disso, Eugênio Pacelli é afirmativo ao frisar que alguns delitos praticados por organizações criminosas eventualmente podem se enquadrar no acordo e que não deveriam ser objeto do ajuste de não persecução, sendo que nem as sanções previstas em lei aparentam ser suficientes nem para reprimir e nem para prevenir os delitos.<sup>143</sup>

Assim, compreende-se que este requisito, assim como os demais requisitos constantes no artigo 28 -A, acima referenciados, acabam sendo subjetivos demais, por não diferenciarem um crime grave de um crime de menor impacto, não impondo, portanto, limites à expansão deste tipo de justiça negociada em nosso sistema.

### **3.7.2 Das circunstâncias impeditivas previstas no Art. 28-A, §2º do CPP**

O artigo 28-A, § 2º, do CPP, estabelece as hipóteses em que não será permitido que seja efetivado o acordo de não persecução penal. As hipóteses estão previstas nos incisos I, II, III e IV do § 2º artigo, deixando claro que o disposto no *caput* do artigo não se aplica nas seguintes hipóteses, que transcrevo:

I – se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III – ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, em favor do agressor.

---

<sup>143</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 24. ed. Atlas, 2020. p. 815.

No mesmo sentido do que foi realizado com os requisitos para a celebração do ANPP no item anterior, será feito com as circunstâncias impeditivas, ou seja, a fim de uma melhor compreensão será feita uma breve análise separadamente.

### 3.7.2.1 Do inciso I, do § 2º do Art. 28-A do CPP

Tendo em vista que o acordo de não persecução penal possui formalidades mais complexas do que a transação penal, é plausível que seja aplicada a transação penal, se cabível, ao invés do ANPP.

Assim, o acordo possui uma circunstância impeditiva de ser celebrado nas infrações de menor potencial ofensivo, sendo consideradas aquelas a que cominada pena máxima de até dois anos, conforme o artigo 61 da Lei 9.099/1995, às quais é viabilizada a transação penal (art. 76, *caput*, da Lei 9.099).

É importante salientar que a legislação prevê apenas a hipótese quanto a possibilidade de transação penal, deixando em aberto a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal em casos que caberia a suspensão condicional do processo que, por óbvio, é um procedimento que possui um contorno menos rigoroso do que a celebração do acordo.

Assim, de modo geral, entende-se que a vedação está correta, pois se entende que a transação penal já prevê o suficiente para repressão da conduta e prevenção do crime.

### 3.7.2.2 Do inciso II, do § 2º do Art. 28-A do CPP

A reincidência que se refere a vedação está prevista no artigo 64, inciso I, do Código Penal, que trata da infração cometida dentro dos cinco anos que se sucederam ao cumprimento ou extinção da pena imposta em face de condenação anterior.

Em relação aos elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, Norberto Avena<sup>144</sup> é explicativo ao dizer que a situação trata do criminoso habitual, ou seja, aquele que reiteradamente pratica infrações penais e que demonstram que as penas obtidas através dos processos que já respondeu não foram suficientes para impedi-lo à recidiva criminosa.

---

<sup>144</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 317.

Por oportuno, mister registrar que a Resolução n.º 181 não dispunha desta vedação relativa à criminalidade habitual/profissional, mas criava outras vedações que não foram inseridas na legislação.<sup>145</sup>

De outro lado, a exceção que trata das infrações penais pretéritas insignificantes ainda gera algumas dúvidas quanto ao seu conceito por não ser considerada um patamar objetivo.

Percebe-se, portanto, que as duas vedações constantes no inciso II são de natureza subjetiva e que mais uma vez a lei não estabeleceu limites quanto a interpretação da ressalva feita na parte final do artigo, permitindo, mais uma vez, uma ampla discricionariedade pelo agente ministerial.

### 3.7.2.3 Do inciso III, do § 2º do Art. 28-A do CPP

Ao inserir essa condição na legislação processual penal, é cristalino que se procurou manter certa coerência com a regra anterior, que dispõe que é vedado o acordo de não persecução penal ao reincidente.

Assim, se no prazo de 5 (cinco) anos anteriores à prática delitiva o investigado já ter sido beneficiado por um acordo de não persecução penal, não terá novamente a possibilidade de celebrar o acordo dentro do prazo previsto.

Por fim, o investigado que tiver celebrado, nos últimos cinco anos, a transação penal ou a suspensão condicional do processo, nos últimos cinco anos, também estará vedado de celebrar o acordo.

### 3.7.2.4 Do inciso IV, do § 2º do Art. 28-A do CPP

No inciso IV ocorre a vedação da celebração do acordo de não persecução penal em duas hipóteses, podendo serem consideradas situações objetivas<sup>146</sup>.

A primeira situação é em relação ao crime praticado no âmbito da violência doméstica ou familiar, ou seja, entende-se por violência doméstica o local em que o autor do fato e o ofendido convivem, não dependendo da existência de vínculo familiar

---

<sup>145</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 24. ed. Atlas, 2020. p. 817.

<sup>146</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. RB 3.24. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 28 abr. 2021.

entre eles. Por outro lado, entende-se por violência familiar aquela em que o autor do fato delituoso e o ofendido possuem algum grau de parentesco, inclusive por afinidade ou pela vontade<sup>147</sup>. Entende-se, ainda, que os sujeitos ativo e passivo do crime podem ser tanto mulher quanto homem.

A segunda situação constante na vedação diz respeito ao crime praticado contra mulher em razão da condição do sexo feminino, logo, verifica-se que, neste caso, ocorre uma referência expressa à condição de mulher da vítima. Insta salientar que não basta ser mulher para que ocorra a vedação ao acordo de não persecução penal, é necessário que seja crime cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

De modo geral, entende-se que esta vedação é amplamente aceita por operadores do direito, pois, claramente não seria adequado a proposição do ANPP em crimes praticados nas situações vistas acima.

### 3.7.3 Das condições aplicáveis

Preenchidos os requisitos para a celebração do acordo, é estabelecida as condições para o seu cumprimento, que deverão ser ajustadas entre o Ministério Público, o investigado e o seu defensor.

As condições aplicáveis para a adoção do acordo encontram-se definidas nos incisos I a V, do artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, e poderão ser ajustadas “cumulativa ou alternativamente”. Nesse sentido, compreende-se que não pode estar presente apenas uma das condições elencadas, ou seja, pode estar presente todas as condições ou algumas delas.

O inciso I, do artigo 28-A, *caput*, do CPP, dispõe sobre a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo. Segundo Alexandre Bizotto e Denival da Silva<sup>148</sup>, ao firmar essa condição, o Ministério Público terá que compreender a extensão do dano, se é possível que seja apurável economicamente ou estimativamente. E, caso seja possível a restituição do objeto da prática criminosa, deverá assim ser feito.

---

<sup>147</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 318.

<sup>148</sup> BIZOTTO, Alexandre e SILVA, Denival Francesco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. Editora Dialética, 2020. *E-book*. p. 142.

Norberto Avena<sup>149</sup>, ao tratar desta condição, entende que é um efeito automático que surgiria em caso de sentença condenatória, caso o investigado tivesse sido processado criminalmente. Para isso, o autor explica que o fundamento possui previsão legal no artigo 91, inciso I, do Código Penal<sup>150</sup>.

Necessário lembrar que a parte final do inciso aponta uma ressalva, considerando que o investigado deve reparar o dano “salvo impossibilidade de fazê-lo”. Percebe-se, ao fim, que pela natureza do dispositivo abrange-se apenas prejuízos materiais.

O inciso II, do artigo 28-A, *caput*, do CPP, trata de renúncia a bens e direitos ligados à conduta delituosa. Percebe-se, neste inciso, uma correlação com o que está previsto no artigo 91, inciso II do Código Penal<sup>151</sup>.

O inciso III, do artigo 28-A, *caput*, do CPP refere-se à prestação de 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 artigo 46 do CP. Sem mais delongas, o inciso é cristalino quanto ao que se refere.

O inciso IV, do artigo 28-A, *caput*, do CPP, por sua vez, refere-se ao pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do artigo 45 do CP a entidade pública ou de interesse social, devendo ser indicada pelo juízo da execução. Além disso, o inciso refere que, preferencialmente, tenha como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Percebe-se, também, clareza quanto ao disposto no inciso.

Por fim, o inciso V, do artigo 28-A, *caput*, do CPP, é considerado uma sanção atípica<sup>152</sup>, refere o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, devendo ser proporcional e compatível com a infração penal imputada.

---

<sup>149</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 319.

<sup>150</sup> CP. Art. 91 - São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (...)

<sup>151</sup> CP. Art. 91 - São efeitos da condenação: II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

<sup>152</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Um ano do pacote anticrime**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *Ebook*. Não numerado. O autor entende que os incisos I, II, III e IV do *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal são considerados sanções típicas, enquanto o inciso V é considerado uma sanção atípica. O autor é categórico ao frisar que o controle judicial deve estar presente para evitar violações à dignidade humana.

### 3.7.4 Da proposta pelo Ministério Público

Acerca da proposição do acordo, vimos que é proposto pelo Ministério Público ao investigado e seu defensor quando preenchidos os requisitos legais. Contudo, existe uma ampla discussão que gira em torno da obrigatoriedade ou não do Ministério Público em realizar a proposta.

Alguns autores como Alexandre Bizotto e Denival da Silva<sup>153</sup> entendem que o acordo consiste em um direito subjetivo do investigado, portanto, caso o MP não proponha o acordo e ofereça denúncia, deverá fundamentar os motivos pelos quais procedeu dessa forma.

De outro lado, há outra corrente defendida por Eugênio Pacelli<sup>154</sup>, que entende que o melhor a se fazer neste caso é rejeitar a denúncia, sob o argumento de ausência de justa causa para a ação penal, todavia, o autor frisa que a questão não é simples por conta da responsabilidade da gestão da persecução penal concedida ao Ministério Público.

Para além dessas correntes, Norberto Avena destaca outra corrente que entende que não é direito subjetivo do acusado tampouco condição de procedibilidade da ação penal, ou seja, o ajuste é faculdade do Ministério Público, sendo que o autor concorda com esta última posição.<sup>155</sup>

Sobre a questão, há a deliberação do Enunciado 19<sup>156</sup> das conclusões do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União que concluiu que o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público.

Apesar dos entendimentos existentes, o fato é que se preenchido os requisitos legais e, ainda assim, o Ministério Público entender que é inviável ao caso a celebração do acordo, deve fundamentar a razão do seu entendimento. Assim, conforme o § 14 do artigo 28-A do CPP, caso o MP se recuse a propor o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior para analisar a questão.

---

<sup>153</sup> BIZOTTO, Alexandre e SILVA, Denival Francesco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. Editora Dialética, 2020. *E-book*. p. 115.

<sup>154</sup> ACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 24. ed. Atlas, 2020. p. 819.

<sup>155</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020. p. 329.

<sup>156</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União. Enunciado 19 (Art. 28-A, Caput). Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acessado em 19 de abril de 2021.



### 3.7.5 Da formalização e homologação do acordo

A formalização e homologação do acordo de não persecução penal está disciplinada no artigo 28-A, § 3º ao § 14º, do Código de Processo Penal. Assim, satisfeitos os requisitos legais do ajuste (art. 28-A, *caput*) e não ocorrendo as hipóteses que proíbem a sua celebração (§ 2º), o acordo deve ser formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Após a formalização do acordo, seu termo e anexos deve ser enviado ao Poder Judiciário, para que o juiz competente analise e decida sua homologação. Assim, é designada uma audiência para que o juiz verifique a legalidade e a voluntariedade do agente, através de sua oitiva, na presença de defensor (§ 4º). Por derradeiro, insta destacar, mais uma vez, que o juiz tem uma função apenas de mero homologador do acordo.

Ao analisar os termos, o juiz pode recusar a homologação por entender que as cláusulas são inadequadas, insuficientes ou abusivas. Neste caso, deverá devolver os autos ao Ministério Público para que reformule<sup>157</sup> a proposta do acordo, com a concordância do investigado e de seu defensor (§ 5º).

Ainda, o juiz pode recusar a homologação por entender ausente os requisitos legais ou quando o MP não realizar a adequação solicitada (§ 7º), hipótese em que deverá devolver os autos ao Ministério Público para que este analise a necessidade de complementar as investigações ou oferecer denúncia (§ 8).

Caso o juiz decida pela homologação do acordo, deverá devolver os autos ao MP para que o distribua perante o juízo da execução criminal, local em que o investigado deverá comprovar o cumprimento das obrigações constantes no acordo (§ 6º).

Formalizado e homologado o acordo, a vítima deverá ser intimada para ciência da homologação, bem como de seu eventual descumprimento (§ 9º), frise-se que não há previsão de que a vítima participará dos ajustes celebrados.

---

<sup>157</sup> Em relação à revisão dos termos constantes no acordo, o *parquet* pode não concordar com a revisão, podendo recorrer da decisão através de Recurso em Sentido Estrito (inciso XXXV do art. 581), ou pode não proceder à alteração, hipótese em que o juiz deverá seguir conforme o § 8º do art. 28-A do CPP. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 24. ed. Atlas, 2020. p. 818.

No tocante ao descumprimento das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo com a finalidade de rescindir o ANPP, com a garantia de contraditório, podendo, ainda, oferecer denúncia (§ 10). Além disso, o descumprimento do acordo enseja justificativa ao MP para o não oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo (§ 11).

Por fim, a celebração e o cumprimento do acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais – com ressalva para os fins previstos no § 2º, inciso II do Código de Processo Penal (§ 12º). Assim, devidamente cumprido o acordo, o juiz deverá decretar a extinção da punibilidade (§ 13º).

## 4 CONCLUSÃO

A ampliação da justiça negociada no processo penal é uma tendência real e incontestável. Devido a isso, há no processo penal brasileiro diversos institutos que visam a negociação entre a acusação e o investigado e que possuem como finalidade alternativas à pena tipificada.

Nesse contexto de expansão da justiça negociada, houve a inserção do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico e que, como vimos, não foi bem recebido desde sua introdução pela Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e permanece, até os dias de hoje, sendo alvo de intensos debates entre doutrinadores da área.

Muitas são as alegações favoráveis à adoção do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, se fundamentam, na maioria, pela busca por celeridade, eficiência e economia que os acordos geram em nosso sistema. Ademais, a morosidade da justiça penal fez com que surgissem buscas por soluções alternativas ao processo penal. Frise-se, por oportuno, que é compreensível cada argumento favorável à inserção do acordo em nosso ordenamento.

Contudo, em outra perspectiva e conforme visto no decorrer do presente trabalho, o instituto surge trazendo grandes mudanças na estrutura de processo penal clássico o qual estávamos habituados, trazendo, inclusive, diversos questionamentos quanto aos limites que devem ser impostos com essa expansão.

Nesse sentido, é interessante que o processo penal seja célere e eficiente, mas é fundamental que atinja resultados que observem as garantias do investigado, bem como o interesse social, não comprometendo a efetividade da justiça.

Em comparação ao acordo de não persecução penal, vimos que o *plea bargaining* é responsável pela resolução da maioria dos casos penais nos Estados Unidos, sem ser necessário qualquer obtenção de provas ou aferição da culpabilidade, bastando, apenas, a confissão do investigado. Assim, apesar da barganha demonstrar ser tentadora em quesito de celeridade, demonstra ser, acima de tudo, preocupante se enxergarmos com olhar crítico.

Ademais, é perceptível diferenças significativas em nosso sistema penal quando comparado ao sistema penal dos Estados Unidos. As principais diferenças a serem destacadas são referentes a atuação da acusação, forma de ingresso no cargo

e controle da atuação que possuem impacto na maneira que nós vemos o acordo de não persecução penal no Brasil e de como é visto o *plea bargaining* nos Estados Unidos.

Além disso, a inserção do acordo em nosso ordenamento causa diversas transformações no processo penal, em especial, no princípio da obrigatoriedade, a partir do momento que mitiga tal princípio e concede ampla discricionariedade ao agente ministerial.

Nesse ângulo, insta salientar que não parece viável, ao menos no atual momento, conceder amplo poder de barganha ao Ministério Público para negociar as condições do acordo fora do poder judiciário, diferente do que acontece com os outros institutos como a suspensão condicional do processo e a transação penal.

Ademais, cumpre salientar que o desenvolvimento do presente trabalho não teve pretensão de exaurir o tema, ou seja, ainda há temáticas referentes ao instituto em questão a serem exploradas. Entretanto, permitiu que fossem abordadas, de forma crítica, as principais características que a inserção do acordo de não persecução penal trouxe ao nosso sistema.

Por fim, embora o acordo de não persecução penal ainda seja um instituto muito recente e alvo de grandes controvérsias doutrinárias, já é realidade no Brasil e sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro tende a ser permanente.

## 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, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401>. Acesso em: 28 abr. 2021.
- ANGELINI, Roberto. **A negociação das penas no direito italiano**. Coimbra Editora. Julgar- N.º 19 – 2013. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Droi et politique: le *Ministério Público* et la *défense des droits collectifs***. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 1999. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-9091999000100005&script=sci\\_abstract&lng=fr](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-9091999000100005&script=sci_abstract&lng=fr). Acesso em: 28 fev. 2021.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed. Método, 2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 09 fev. 2021.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. Editora JH Mizuno. 2020. *E-book*.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Especial. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2016.
- BIZOTTO, Alexandre e SILVA, Denival Francesco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. Editora Dialética, 2020. *E-book*.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União. **Enunciado 19**. Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em: 19 abr. 2021.
- BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Portal institucional**. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/o-cnmp/apresentacao>. Acesso em: 06 mar. 2021
- BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.345.004/RS**, DJ 29.03.2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859524702/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1345004-rs-2018-0207933-8/inteiro-teor-859524712>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.693/BA**, DJ 30.10.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4693MC.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Procedimento de Estudos e Pesquisas 01**. Pronunciamento Final em Procedimento de Estudos. Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo\\_PIC.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_PIC.pdf). Acesso em: 07. abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Reclamação para Preservação da Competência e da Autoridade das Decisões do Conselho**. Decisão Liminar, Brasília, 02 de outubro de 2017. Disponível em: <https://diarioeletronico.cnmp.mp.br/ords/f?p=102:0::BAIXARPDF:NO:RP,0:NUMDIARIO:2964>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução N.º 181, de 07 de agosto de 2017**. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28. abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 28 abr. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5790**, Brasília, 06 de outubro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 12 de abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5793**, Brasília, 06 de outubro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 12 abr. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6304**, Brasília, 16 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em: 15 abr. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*, 2015. Disponível em:

<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em: 26 fev. 2021.

COUTO, Marco. **DEVIDO PROCESSO LEGAL X DUE PROCESS OF LAW: (TRANSAÇÃO PENAL X PLEA BARGAINING)**. Ed. Justiça e Cidadania, 2017. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/devido-processo-legalxdue-process->. Acesso em: 06 fev. 2021

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html?sponsor=UFRGS-5#/library?>. Acesso em: 09 fev. 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime** Lei 13.964/2019. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ed. 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 28 abr. 2021.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes; CORREIO, Lia de Souza Siqueira e CORREIO, Diaulas Costa Ribeiro. **Ministério Público dos Estados Unidos da América: Uma análise das atuações Federal e Estadual**. RDIET, Brasília, V. 11, nº 2, Jul-Dez, 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/download/7529/4914>. Acesso em: 15 mar. 2021.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**, 6. ed. Saraiva Jur, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 4. ed. revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

JARDIM, Afrânio Silva. **Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão**. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 14, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523>. Acesso em: 06 fev. 2021.

LANGER, Máximo. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado. Tortura y plea bargaining**, Buenos Aires: Editores El Puerto, 2001.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Tese de Doutorado. Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 12 mar. 2021.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. Saraiva Jur, 2020.

LOPES JUNIOR., Aury. **Um ano do pacote anticrime**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *Ebook*.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Código de Processo Penal**. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 24. ed. Atlas, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. *E-book*.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. **Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009)**. Revista Quaestio Iuris. Vol. 09, n.º 03, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20135>. Acesso em: 28 abr. 2021.