Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.08,2024

ISSN 2178-6925

# A DISCRICIONARIEDADE NO OFERECIMENTO DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

## *THE DISCRETIONARY IN OFFERING CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENTS AND THE INTERVENTION OF THE JUDICIAL POWER*

**Júlio Cesar Travezani Gomes da Silva**

Graduando em Direito, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil

E-mail: direito.juliocesartgs@gmail.com

**Alexandre Jacob**

Mestre, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil

E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

**Resumo**:

O presente artigo tem por escopo analisar o acordo de não persecução penal, em especial a discricionariedade do órgão acusador no momento da propositura do acordo penal ao acusado. Diante disso, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial foi possível analisar que em comparação aos demais institutos similares de outros países, em especial ao plea bargain americano, o ANPP, no âmbito jurídico brasileiro, veio com limitações legais no que tange a discricionariedade do parquet ao negociar com o acusado e seu defensor, bem como há uma intervenção judicial em mesmo sentido. Dessa forma conclui-se que ainda há muito o que se desenvolver na justiça penal negociada brasileira.

**Palavras-chave**: Direito penal. Direito processual penal. Acordo de não persecução penal. Justiça penal negociada. Discricionariedade.

**Abstract**:

This article aims to analyze the non-criminal prosecution agreement, in particular the discretion of the accusing body when proposing the criminal agreement to the accused. In view of this, through doctrinal and jurisprudence research, it was possible to analyze that compared to other similar institutes in other countries, especially the American plea bargain, the ANPP, in the Brazilian legal context, came with legal limitations regarding the discretion of the parquet to the negotiate with the accused and his defender, as well a judicial intervention in the same sense. Therefore, it can concluded that there is still a lot to develop in Brazilian negotiated criminal justice.

**Keywords:** Criminal law. Criminal Procedural Law. Non-criminal prosecution agreement. Negotiated criminal justice. Discretionary.

ISSN 2178-6925

## 1. Introdução

Com o advento da Lei nº. 13.964/2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, iniciou-se no Direito Penal um movimento revolucionário para implementação da possibilidade de métodos alternativos para a solução de conflitos na seara criminal.

Mais conhecido como Direito Penal Negociado, o instituto não se trata de inovação jurídica, uma vez que já havia a existência das Transações Penais, Suspensão Condicional do Processo e a Colaboração Premiada. Porém, tais institutos se acomodavam em polos distintos, vez que os primeiros foram criados para crimes de menor potencial ofensivo, e, de outra forma, a Colaboração Premiada se privava para crimes de alta complexidade com muita burocracia para sua aplicação.

Foi com a implementação do art. 28-A no Código de Processo Penal, por meio da norma jurídica mencionada, que houve a criação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), um instrumento novo e necessário para a resolução de casos criminais de periculosidade maior, visto que os demais institutos não eram cabíveis nesses delitos.

Com essa forma de negociação surgiram diversas dúvidas e críticas em relação a implementação da ferramenta na seara criminal. Inicialmente quanto a sua possibilidade no Direito brasileiro, bem como se isso não escancarava uma possibilidade de o Estado negociar com bandidos. Outra crítica que habitualmente é debatida até mesmo pelos Tribunais Superiores, é em relação ao seu oferecimento. Desta forma, há quem diga que o Ministério Público tem o total controle da negociação, bem como se o acordo será oferecido ou não, estando o Poder Judiciário apenas adstrito na análise da legalidade das cláusulas já previamente pactuadas entre o Órgão Ministerial, o Acusado e o seu Advogado.

Por outro lado, há quem defenda que o Poder Judiciário deve intervir no momento do oferecimento da solução consensual, de forma que o Acordo de Não Persecução Penal é um dever-poder do Ministério Público, e, portanto, deve sempre ser ofertado ao acusado, não estando na seara de discricionariedade do Promotor a escolha quanto a sua pactuação ou não.

Diante dessa celeuma, a pesquisa pretende explanar as origens dos Acordos Penais, em específico o conhecido *Plea Bargain* do Direito norte-

americano, bem como dos demais institutos parecidos em países do sistema *Civil Law*, para elucidar o seguinte questionamento: mesmo preenchidos todos os requisitos para o oferecimento do ANPP, pode o Promotor de Justiça, dentro de sua discricionariedade e autonomia funcional, se recusar a pactuar o acordo?

Com isso, será explicado como funciona a sistemática do Acordo Penal brasileiro, expondo seus requisitos e de que forma eles se comparam com seus semelhantes internacionais, em especial no que tange à questão de seu oferecimento pelo Estado por meio de seus Promotores de Justiça. Por fim, serão analisadas as decisões dos Tribunais Superiores sobre o tema com fito de elucidar se há uma intervenção judicial desnecessária em relação ao oferecimento, ou não, de Acordos de Não Persecução Penal no Brasil, em comparação aos institutos de mesmo valor de outros países.

A pesquisa é descritiva e exploratória, tendo como fontes primárias o Código de Processo Penal (1941) e a legislação alteradora que introduziu o ANPP no ordenamento jurídico e secundárias as obras de Ana Lara Camargo de Castro (2020), Renato Brasileiro de Lima (2021) e Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha (2022), além de outras pesquisas sobre o tema.

## 2. O *Plea Bargain* Norte-Americano

Com o advento dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e posteriormente da Guerra Fria, os Estados Unidos tomaram um grande papel de protagonismo e influência em todo o mundo. Diante disso, não seria diferente se seu sistema jurídico, de igual forma, reverberasse para os demais países. O jurista argentino Maximo Langer (2017), descreve isso perfeitamente quando escreveu sobre a americanização do processo penal, cujo grande protagonista dessa exportação é o conhecido *Plea Bargain*.

O *Plea Bargain* é um instituto jurídico americano voltado para a solução consensual de conflitos penais presente no Direito *Common Law* Norte-Americano, trata-se de uma ferramenta jurídica processual por meio da qual a acusação (*Prosecution*) entram em acordo com a defesa do acusado, com fito de dar fim à persecução penal.

Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha, Helaine da Silva Pimentel Pereira, Mônica Bermudes Medina Pretti e Américo Bedê Freire Júnior (2021)

ISSN 2178-6925

explicitam que por meio do *Plea Bargain*, o acusado declara sua culpa no cometimento de um ou mais crimes, dando início a uma negociação em relação às imputações criminais que serão feitas, de forma que na fase pré-denúncia, os Promotores de Justiça (*District Attorney*) podem até mesmo deixar imputações de lado e decidir qual a quantidade de pena o acusado irá cumprir, tudo isso estando adstrito à homologação judicial.

Ana Lara Camargo de Castro (2020), cita que essa ideia foi criada nos anos 1970, e já ocorria nos bastidores jurídicos norte-americanos, na qual os defensores e acusadores já se reuniam com a figura do Juiz, para pactuar a melhor forma de conduzir o processo penal, de maneira que tal figura jurídica não se encontrava presente na *Bill of Rights*, a qual pactua que a decisão dos deslindes penais era assegurada por júri popular.

A declaração de culpa sempre foi algo essencial e importante no Processo Penal norte-americano, é possível visualizar isso em séries e filmes, no momento importante no qual o acusado á levado à frente do Juiz e ele pode se declarar culpado ou inocente (Castro, 2020). Tal fase pode se diferir a depender do Estado federativo em que o processo, de forma territorial, se encontra. Insta ressaltar que o modelo federativo americano é diferente do brasileiro, no qual os poderes e competências estão mais concentrados nos estados-membros e não na União, como ocorre no Estado brasileiro.

Dessa forma, os Acordos Penais podem variar de estado para estado, diferindo-se em número de audiências, quantidade de crimes que podem ser imputados, fases processuais e etc., a exemplo, os autores explicitam que no Estado da Califórnia é proibido a realização de acordo no caso de crime de estupro (Gadelha *et al*., 2021).

Neste contexto, o *Plea Bargain* se baseia principalmente nos documentos *Federal Rules of Criminal Procedure* e *Federal Rules of Evidence*, pelas quais explicitam que a pactuação consensual entre defesa e acusado pode ocorre em quaisquer fases processuais, desde que não haja veredito do júri, ocorrendo a proibição máxima de dar realização de *Plea Bargain* em crimes contra a segurança nacional tal como o de terrorismo.

Um dos requisitos essenciais para a formalização do acordo, conforme assevera Ana Castro (2020), é a declaração de culpa do acusado, ou sua aceitação sobre a pena que lhe foi oferecida (*nolo contendere*), daí se extrai o

termo *Plea*, seguido pela negociação da acusação e defesa sob os termos dessa confissão/aceitação (*Bargain*) e sua homologação pelo Juiz.

Este método faz com que cerca de 90% dos processos penais americanos sejam solucionados por meio de acordos realizados entre a defesa e a acusação, neste diapasão, Gadelha *et al.* (2021) asseveram que o Direito Penal norte-americano se resume basicamente em sua área pré-processual, diferentemente do que aventa a mídia quanto a realização exaustiva de tribunais do júri (*trials*).

Por mais que essa solução seja majoritariamente vista com bons olhos, assim como quaisquer outros institutos, depende de inovação e críticas, sempre observando seus defeitos e qualidades, assegurando os direitos do acusado e da vítima (Castro, 2020).

## 3. A Influência do *Plea Bargain* na Alemanha, França, Itália e Argentina

Maximo Langer (2017) cita que os demais sistemas jurídicos pelo mundo acabaram por exportar a ideia do *Plea Bargain* norte-americano. Em seu estudo, ele analisa quatro institutos internacionais de resoluções consensuais penais que se basearam no modelo estadunidense, são eles: o *Absprachen* da Alemanha, *Composition* na França, *Patteggiamento* na Itália e o *Procedimiento Abreviado* na Argentina.

Inicialmente, nota-se que todos os países analisados têm como seu sistema jurídico o *Civil Law*, tal como no Brasil, assim é importante ressaltar que em análise geral o Brasil foi um dos países mais recentes a instituir uma forma de resolução penal pactuada mais abrangente, visto que os institutos existentes apenas se pautavam para crimes menores (suspensão condicional do processo e transação penal) ou crimes burocráticos (colaboração premiada) (Barbugiani *et al.*, 2021).

O primeiro *Plea Bargain* exportado que Langer (2017) analisa é o *Absprachen* alemão, em tradução o termo significa “concordar”, este instituto jurídico começou na década de 1970, inicialmente quando juiz, promotor e defesa se reuniam entre si para decidir determinados rumos do processo penal. Gadelha *et al.* (2021), citam que foi apenas em 1982 que a prática veio à tona de fato com a publicação de artigos sobre o tema, e, de forma gradual, foi aceita e difundida no processo penal alemão. Em suma, o instituto é muito parecido com o de

ISSN 2178-6925

origem norte-americana, mas o principal ponto de divergência é em relação a participação do juiz na negociação, criando um ponto de toque entre um modelo acusatório e inquisitorial.

Assim, no *Absprachen* o juiz tem papel mais ativo na negociação realizada entre a defesa e o acusado, o principal ponto dessa mudança é evitar que o instituto seja usado como um mero resolvedor de questões criminais, mas sim, seja uma forma de busca de verdade real, pontuando principalmente todas as provas que foram colhidas na fase investigatória, e pautando assim, a formulação do melhor acordo possível para o acusado, sendo a sua confissão o ponto norte (Langer, 2017).

Seguindo, o *Patteggiamento* italiano se demonstra mais parecido com o modelo norte-americano, a palavra significa “barganha” e o instituto surgiu diante da necessidade de soluções mais rápidas e simples ante a existência de um número enorme de processos penais em trâmites na Itália (Gadelha *et al*., 2021). A ideia do *Patteggiamento* segue o instituto estadunidense, por meio da qual a defesa e acusação podem definir as penas atribuídas ao acusado, e diferentemente do modelo alemão e americano, não há a necessidade da confissão expressa de culpa do acusado, tendo em vista que ao aceitar os termos do acordo não haverá a continuidade de processo, havendo ali uma mera presunção, de forma que há preservação da presunção de inocência.

Para argumentar, a prática italiana se parece mais com o modelo *nolo contendere* americano, quando há a aceitação da pena por parte do acusado, mas sem a necessidade formal de sua declaração de culpado, de forma a manter o modelo acusatório italiano (Gadelha *et al*., 2021). Nas palavras dos autores:

> Por isso, a ausência de uma explícita admissão de culpa faz com que o *Patteggiamento* italiano seja mais similar às negociações do *nolo contendere* estadunidense do que propriamente o *guilty plea*. Terceiro, quando a acusação não aceita um acordo com o acusado, o último pode pedir ao juiz que analise, ao final do julgamento, os motivos alegados pela acusação para rejeitar o acordo e, assim, dar-lhe a redução de um terço da pena. Essa diferença reflete a influência do modelo de investigação oficial. Por fim, não gera efeitos civis ou administrativos [...] (Gadelha *et al*., 2021, p. 560).

Diante disso, por mais que o instituto americano tenha sido abraçado, ele foi adaptado ao sistema jurídico italiano, de maneira a preservar determinados direitos absolutos defendidos pela ordem constitucional do país.

Posteriormente, Langer (2017), cita que na década de 1990 a Argentina alterou seu Código de Processo Penal Federal o instituto do *Procedimiento*

*Abreviado*, seu escopo foi a diminuição do número de processos nos tribunais e consequentemente o número de prisões e os gastos com o sistema jurídico.

Neste instituto argentino, assim como no *Plea Bargain*, o acordo pode ocorrer em qualquer momento do processo penal, seja na investigação ou até mesmo no momento anterior da prolatação de sentença pelo juiz. Assim como no modelo norte-americano a acusação e a defesa têm liberdade em pactuar as admissões de culpa e a sentença a ser cumprida pelo acusado, desde que o prazo máximo da pena não ultrapasse 6 anos, restando ao Poder Judiciário a mera análise da formalidade do acordo. O instituto pode, inclusive, ser aplicado a alguns delitos graves (Gadelha *et al*., 2021).

Além da passividade da figura do juiz na composição argentina, Langer (2017) denota que o *Plea Bargain* não foi incorporado, tendo em vista que o procedimento não é o mais utilizado no país, de forma que o procedimento penal comum é ainda o mais recorrente.

Por fim, o último instituto analisado por Máximo Langer (2017), foi a *Composition* francesa, é neste ponto que o autor assevera que o *Plea Bargain* foi traduzido para os diferentes países, e não transplantado. A ideia fica clara, haja vista que no modelo francês, por mais que o acusado admita a culpa, não há efeito jurídico de culpabilidade. Nestes termos, assemelha-se muito à transação penal e suspensão condicional do processo brasileiro, tendo em vista que o órgão de acusação estabelece determinadas condições ao autor do delito e a partir de seu cumprimento há a extinção do processo com a coisa julgada material (Gadelha *et al*., 2021).

Gadelha *et al*. (2021) classificam o modelo francês como uma forma de modelo despenalizador, analisando que historicamente a França teve um grande movimento na metade do século XX rumo à não penalização de delitos menos graves, de forma que o *Composition*, por mais usado que seja, ainda não é o instituto que dá norte ao processo penal francês.

Diante de todo o exposto, a ideia que Maximo Langer (2017) constrói é que a exportação do *Plea Bargain* para outros países se dá por meio da tradução e não do transplante, isto pois cada país absorveu a ideia e aplicou nos termos de suas legislações, isto também se aplica ao Brasil, de maneira que cada país conseguiu aproveitar o instituto de maneira diferente, não se tratando de uma americanização dos sistemas jurídicos deles.

ISSN 2178-6925

## 4. A Negociação Penal no Brasil

As soluções consensuais sempre demonstram efetividade para a diminuição das demandas longas e custosas do Poder Judiciário, ao longo do tempo, elas ultrapassaram a esfera cível e começaram, mesmo que de forma tímida, a alcançar a seara penal.

A busca por soluções penais eficientes aumentou a cada ano no Brasil, em especial com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na qual houve a declaração que o sistema carcerário do Brasil alcançou o patamar de "estado de coisas inconstitucional", escancarando uma realidade desanimadora e estimulando a busca por novas formas de soluções menos gravosas para o processo penal brasileiro (Gadelha, 2022).

Nesta toada, o Brasil já se encontrava atrasado nesta questão, em 1990 a Organização das Nações Unidas (ONU), já havia levado a pauta em debate na Convenção de Tóquio, por meio da qual estimulou os países-membros a elaborar medidas que evitassem a persecução penal e, por conseguinte, a necessidade de aplicação de medidas restritivas de liberdade (Gadelha, 2022).

No Brasil, o primeiro indício da justiça penal negociada, mesmo que de forma tímida, veio com a criação dos institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal, por meio da promulgação da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº. 9.099/1995), ocorre que a legislação se pautou apenas em crimes menos graves, ficando livre a comparação com o *Composition* francês como instituto despenalizador.

Outro modelo aplicado no Brasil foram as Colaborações Premiadas. Fernando Barbugiani e outros (2021) classificam esse tipo de justiça penal negociada como burocrática, aplicável a delitos complexos e de difícil aplicação, tendo em vista que há a necessidade de ponderação extrema entre o resultado obtido x os benefícios pactuados com o acusado.

É neste contexto que, em 2017, surge o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) com o advento da Resolução nº. 181, de 07 de agosto de 2017, editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), como forma de orientação unificada a todos os membros do Ministério Público nacional, para que se tratando de ilícito penal cuja pena mínima fosse inferior a 4 anos, sem a

ISSN 2178-6925

ocorrência de violência ou grave ameaça, estaria o órgão acusador autorizado a pactuar acordo com o investigado por meio de seu advogado, desde que houvesse a expressa confissão formal da prática criminosa (CNMP, 2017).

A referida resolução foi levada ao crivo do Poder Judiciário por meio de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº. 5.790 e nº. 5.793), perante o Supremo Tribunal Federal, as quais tiveram seu objeto perdido após a edição da Lei nº. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, reconhecendo seu estado constitucional no ordenamento jurídico brasileiro e trazendo novas áreas a possibilidade de solução consensual no Direito Penal.

## 5. O Acordo de Não Persecução Penal

Após a publicação da Lei nº. 13.964/2019, foi reconhecido o Acordo de Não Persecução Penal como instrumento jurídico para a resolução de conflitos penais, alterando o artigo 28 do Código de Processo Penal, adicionando o artigo 28-A:

> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:
> I – Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
> II – Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
> III – Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
> IV – Pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
> V – Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.
> §1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.
> §2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:
> I – Se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

ISSN 2178-6925

> II – Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal 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 de sexo feminino, em favor do agressor.
> §3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.
> §4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.
> §5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.
> §6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.
> §7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o §5º deste artigo.
> §8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.
> §9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.
> §10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.
> §11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizada pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.
> §12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do §2º deste artigo.
> §13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.
> §14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código (Brasil, 1941).

Neste contexto, é estabelecido um novo papel ao Ministério Público brasileiro, pautando uma atuação consensual e resolutiva, não mais meramente limitada ao poder judiciário buscando tornar mais concreto o poder a ele dado pela Constituição da República como protetor de direitos fundamentais (Barbugiani *et al*., 2021).

Renato Brasileiro de Lima (2021), classifica o instituto como uma forma de negócio-jurídico extrajudicial, pactuando entre defesa e acusação, de maneira que o órgão ministerial deixará de prosseguir com a demanda perante o poder

ISSN 2178-6925

judiciário, evitando o ajuizamento de denúncia e, em caso de cumprimento, declarando extinta a punibilidade.

O ANPP não apenas se restringe a uma solução penal, mas também é uma forma alternativa de proteger os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Renato Brasileiro de Lima (2021), assevera que toda norma penal tem por escopo proteger o bem jurídico da segurança pública, e, secundariamente a prevenção geral e especial, como forma de coibir novos ilícitos.

Os requisitos objetivos para a pactuação do ANPP estão explícitos no artigo 28-A do CPP, cuja edição é igual àquela anteriormente prevista na Resolução nº. 181/2017 do CNMP, dessa forma munidos dos requisitos do artigo mencionado, o ANPP deve, de igual forma, ter como requisitos subjetivos aqueles atinentes à norma penal de maneira ampla, ou seja, a proteção do bem jurídico e a fomentação da prevenção geral e secundária.

Dessa forma, ao pactuar um ANPP, o Promotor de Justiça deve se atentar se as cláusulas pactuadas estão desestimulando novos comportamentos criminosos, demonstrando a eficiência da lei penal, bem como estimulando a ressocialização e desestimulando a reincidência, conforme ensina Cleber Masson (2020).

Estando presente os requisitos objetivos e subjetivos, poderá o Promotor de Justiça propor o acordo nos termos do artigo mencionado, estando aí a ideia de que, mesmo presente todos os requisitos haveria a possibilidade de o Ministério Público não oferecer o acordo e se o mesmo estaria adstrito as cláusulas já presentes no texto da lei.

## 6. A Discricionariedade no Oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal e as Decisões dos Tribunais Superiores

Demonstrados os requisitos subjetivos e objetivos para o oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal, e por meio das premissas já aventadas, é possível denotar que Langer (2017), estava correto ao afirmar que o *Plea Bargain* é apenas traduzido aos demais ordenamentos jurídicos internacionais e não transplantado.

Tanto o *Plea Bargain* quanto o ANPP têm por objetivo a resolução do conflito penal de maneira mais rápida, não suprimindo a importância do meio

ISSN 2178-6925

judicial tradicional. Inicialmente, a comparação mais óbvia dos institutos se encontra na necessidade de confissão formal do acusado, bem como a necessidade de aceitação tanto do autor do fato delituoso e seu defensor.

A existência da necessidade de confissão expressa afasta o modelo brasileiro dos modelos italiano e francês, no entanto, tendo em vista a exigência da confissão, o modelo brasileiro se afasta do *nolo contendere* americano, haja vista que não há possibilidade da pactuação de acordo sem a confissão formal por parte do acusado, em vista dos requisitos cumulativos do art. 28-A do CPP.

Em relação à confissão, Guilherme de Souza Nucci (2020) classifica como ato personalíssimo, que só pode ser realizado pelo próprio acusado, livre e voluntário e divisível, visto que ela pode ser parcial ou completa. Ademais, o autor suscita que a confissão possuí natureza jurídica de prova, e pode ser utilizada como motivação, mas não tem força como único pressuposto, para eventual condenação do acusado, visto que caso o acordante não cumpra com as cláusulas pactuadas o Ministério Público oferecerá a denúncia (Nucci, 2020).

Outro ponto de destaque é em relação a abrangência negocial das partes. Graziella Gadelha e outros (2021) evidenciam que no instituto norte-americano há uma maior possibilidade de cláusulas pactuadas, em especial, no que tange à forma de cumprimento de pena, os artigos que serão imputados na denúncia, a aplicação de penas restritivas de direito e liberdade. Ocorre que no processo penal brasileiro, o artigo 28-A restringe a negociação penal em apenas penas não restritivas de direito, suprimindo quaisquer outras cláusulas que poderiam ser pactuadas entre o órgão acusador e o acusado e seu defensor.

Continuamente, observa-se que o artigo 28-A estabelece a vedação do oferecimento de acordos em crimes que foram cometidos com violência ou grave ameaça, ou quando o acusado já tenha sido beneficiado por quaisquer institutos negociais penais nos últimos 5 anos, for reincidente, criminoso habitual comum ou quando se tratar de crime praticado no âmbito de violência doméstica nos termos da Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006). Neste sentido, diferentemente do que o ocorre no Plea Bargain a própria lei brasileira já estabelece os limites para a não oferta da benesse.

Outro ponto levantado é que o ANPP só pode ser ofertado em casos que não caibam o arquivamento do inquérito policial, tendo em vista que a exigência objetiva do ANPP segue a mesma da denúncia (Gadelha *et al.*, 2021). Neste

ISSN 2178-6925

diapasão, o ponto máximo que difere os institutos é o oferecimento do acordo, enquanto no *Plea Bargain* o órgão acusador pode simplesmente recusar imotivadamente a propositura de acordo, no sistema brasileiro isso não é possível.

A discussão em comento se iniciou quanto à possibilidade ou não da aplicação do ANPP em casos anteriores a vigência do Pacote Anticrime no ano de 2020. Barbugiani e outros (2021), classificam o ANPP como uma norma penal de Direito Penal material com aspectos processuais, portanto, pela lógica, sua aplicação retroativa é completamente plausível. Ocorre que o debate insurge a partir do momento em saber qual é o limite para essa retroatividade.

A expressão não persecução leva o leitor a uma visão de que a persecução penal, lê-se o processo judicial, não tenha sido iniciado. Tendo em vista que um dos objetivos do ANPP é a economia processual, de forma que se já há processo em curso um dos objetivos do acordo já estaria perdido. Ocorre que o termo não tem definição jurídica exata, diante disso outra corrente, considerada mais garantista, defendia que a palavra persecução poderia ser utilizada tanto para o procedimento investigatório, quanto para a fase judicial.

A discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio do Agravo em Recurso Especial nº. 1.668.089-SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer, no ano de 2020, por meio do qual a Quinta Turma do Tribunal decidiu que caberia a propositura de ANPP até o recebimento da denúncia (STJ, 2020a).

Divergindo desse entendimento, o Ministro Nefi Cordeiro, relator do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº. 575.395-RN, em conjunto com a Sexta Turma do Tribunal, firmou entendimento que caberia a propositura do acordo até o trânsito em julgado da sentença criminal (STJ, 2020b).

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Morais, ao julgar o Habeas Corpus nº. 233.147-SP, no ano de 2023, decidiu que aplicação do acordo de não persecução penal estaria correta, desde que antes da prolatação da sentença, visto que para o Ministro ultrapassada a sentença o instituto teria se esvaziado, visto que a princípio o instituto visa a evitar o processo judicial (STF, 2024). Ante as divergências, houve recurso do Habeas Corpus mencionado, o Supremo Tribunal Federal levou o julgamento ao pleno, onde:

> Fixou entendimento no sentido de que, nas ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o

ISSN 2178-6925

> pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP (STF, 2024).

Diante desses dos julgados, vê-se que a propositura ou não do acordo fugiu da seara de discricionariedade do órgão acusador, mesmo que o CNMP tenha editado resolução no sentido de que o acordo só poderia ser oferecido antes do recebimento da denúncia, sob pena de esvaziamento de sua motivação de existência, qual seja evitar o processo penal.

Outro ponto polêmico que merece destaque, é quanto ao oferecimento do acordo. Para Aury Lopes Júnior e Higyna Josita (2020) o ANPP é um direito subjetivo do acusado, isto é, presentes todos os requisitos não há possibilidade de o Ministério Público negar o oferecimento da benesse, de forma que a recusa injustificada caberia ao juiz decidir quanto a sua celebração ou não, como forma de garantir os direitos do acusado.

Assim, os autores investem no argumento que o próprio artigo 28-A do CPP traz a possibilidade de revisão da denegação do oferecimento do acordo, ao Procurador-Geral de Justiça, e por analogia ao artigo 28, do mesmo códex, haveria a designação de novo promotor que estaria obrigado a ofertar o acordo (Lopes Júnior; Josita, 2020).

Por outro lado, Francisco Dirceu Barros (2021) discorda do posicionamento dos autores, para ele o caso em comento se trata de uma possibilidade de discricionariedade regrada, isto é, como se trata de um negócio jurídico ambas as partes devem concordar, ou seja, o órgão acusado poderia deixar de propor o acordo desde que fundamente. Ele continua explicitando que seu ponto converge com a parte final do artigo 28-A que autoriza o Ministério Público a não propor o acordo quando não é “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (Barros, 2021).

Outro ponto de vista importante é o defendido por Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha (2022). Para a autora, utilizando se da teoria do direito integral de Dworkin, existiriam casos em que, mesmo cumprido todos os requisitos objetivos e subjetivos, poderia ser negado a propositura de ANPP. A exemplo, a autora suscita o ilícito penal do homicídio culposo, visto que pelo artigo 28-A, este estaria no rol de crimes passíveis da propositura do ANPP, no entanto, a autora defende que o direito tutelado, no caso a vida, seria inegociável, de forma que o Promotor de Justiça, dentro de sua discricionariedade, poderia se negar a propor a benesse em tais casos (Gadelha, 2022).

Continuamente, tece críticas a tais limitações, bem como ao fato de que, no acordo brasileiro, não há abrangências para acordo de pena, demonstrando uma fraqueza do sistema brasileiro, quando relacionado ao Plea Bargain e aos demais sistemas de acordos penais globais, visto que o instrumento já fora implantado tardiamente no Brasil e com diversas limitações legais advindos do próprio sistema jurídico brasileiro (Gadelha, 2022).

Tais críticas são válidas ao analisar o contexto geral do sistema penal brasileiro como um todo, marcado com processos custosos e que perduram por anos, marcados com infindáveis recursos aos tribunais, que acarretam uma concentração numerosa e desastrosa de processos a serem julgados. Ademais, somando tudo isso a população carcerária brasileira, temos que o ANPP ainda não é o método mais utilizado para a solução de processos no Brasil.

Diante dessas constatações, denota-se que o sistema brasileiro traduziu, nas palavras de Langer (2017), o sistema americano de forma mais contida, o fato de haver uma limitação no poder de transigir sobre as partes, bem como a possibilidade de o Poder Judiciário coibir o órgão acusador a viabilizar o acordo são provas contundente deste fato.

## 7. Conclusão

Não obstante as diferenças e semelhanças entre o ANPP e os demais institutos apresentados neste artigo, o instrumento brasileiro, por mais que seja de fato inspirado no modelo norte-americano, demonstra-se ainda uma realidade prematura, ao analisar o fato de a justiça penal negociada ser uma tendência mundial a ser expandida.

Ante o exposto, a escolha do legislador de comprimir as possibilidades de acordo tão somente às penas restritivas de direito, minando a possibilidade de o órgão acusador de fato barganhar penas e demais sanções, demonstra-se como um sistema mais garantista e favorável ao réu.

Neste ponto, o ANPP se assemelha mais ao *Composition* francês do que de fato à contraparte americana na qual todos os outro se inspiraram. Junte isso ao fato de o sistema judicial brasileiro aplicar o ANPP como um direito subjetivo do réu, impossibilitando a possibilidade de uma discricionariedade mais ampla ao órgão acusatório, tem-se como resultado um sistema menos abrangente que

ainda não cumpre com todas as necessidades do próprio sistema jurídico brasileiro.

A junção de um instrumento novo, mas que já nasce com inúmeras limitações, tanto em sua aplicação direta, visto que ainda se aplica a determinados crimes não tão gravosos, em conjunto com uma restrição às cláusulas e sanções que podem ser acordas, ainda, a intervenção do poder judiciário não somente no aspecto formal do acordo, demonstram que o *Plea Bargain* fora traduzido como na doutrina de Maximo Langer, ainda mais limitado que nos demais países citados.

No entanto, por se tratar de inovação recente, ainda há muito caminho a ser percorrido na construção doutrinária e jurisprudencial no assunto. Nesse sentido, deve-se buscar, por meio dos operadores do Direito e junto ao poder legislativo, soluções mais concretas e efetivas para solucionar os problemas e desafios do processo penal brasileiro.

## 8. Referências

BARBUGIANI, Fernando Augusto Sormani; CILIÃO, Éllen Crissiane de Oliveira; BELMIRO, Thainá de Paula. Aspectos polêmicos do acordo de não persecução penal: caráter negocial; limites a retroatividade; possibilidade de uso da confissão em caso de descumprimento; semelhanças e diferenças com a colaboração premiada. *In*: CAMBI, Eduardo (Org.). **Ministério Público contemporâneo e do futuro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos criminais**. 2. ed. São Paulo: JH Mizuno, 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Rio de Janeiro: Catete, 1941. Disponível em: https://tinyurl.com/29t2xhft. Acesso em: 06 abr. 2024.

CASTRO, Ana Lara Camargo. ***Plea bargain***: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº. 181, de 07 de agosto de 2017**. Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília-DF: CNMP, 2017. Disponível em: https://tinyurl.com/4cxejr8j. Acesso em: 04 abr. 2024.

GADELHA, Graziella Maria Deprá Bittencourt. **Acordo de não persecução penal**: uma compreensão de sua racionalidade à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin e do paradigma global da justiça penal negocial. São Paulo: Dialética, 2022.

GADELHA, Graziella Maria Deprá Bittencourt; PEREIRA, Helaine da Silva Pimentel; PRETTI, Mônica Bermudes Medina; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O acordo de não persecução penal e a tese da americanização do processo penal: análise epistemológica a luz da doutrina dos transplantes jurídicos de Máximo Langer. *In*: CAMBI, Eduardo (Org.). **Ministério Público contemporâneo e do futuro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal. **Delictae Revista de Estudos**

ISSN 2178-6925

**Interdisciplinares sobre o Delito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, 2017. Disponível em: https://tinyurl.com/5ctfhac5. Acesso em: 04 abr. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 06 mar. 2020. Disponível em: https://tinyurl.com/dddwjdf8. Acesso em: 02 abr. 2024.

MASON, Cleber. **Direito penal**: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial nº. 1.668.089-SP**. Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília-DF: DJe, 29 jun. 2020a.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no habeas corpus nº. 575.395-RN**. Sexta Turma. Relatoria: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília-DF: DJe, 18 dez. 2020b.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº. 233.147-SP**. Primeira Turma. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF: DJe, 22 fev. 2024.