



O PACOTE ANTICRIME E A JUSTIÇA NEGOCIADA: ANÁLISE SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

**PEREIRA, Thayara Maria Alves Machado Antinareli¹ ; ACHA,
Fernanda Rosa² RESGALA JUNIOR, Renato Marcelo³**

Resumo

A presente pesquisa tem por objetivo a análise do acordo de não persecução penal, abordando a gênese e evolução do referido ajuste, sua mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e sua natureza jurídica. Busca-se, ainda, o exame de um de seus requisitos – a necessidade de confissão formal e circunstanciada – com o intuito de averiguar se sua exigência revela certa inconstitucionalidade. Para tanto, o estudo seguirá uma abordagem qualitativa, porquanto teórica, já que se apoiará na análise de legislações específicas, resoluções e na doutrina, provenientes de fontes fidedignas, encontradas nos manuais jurídicos e nos artigos veiculados na Internet, que oferecerão um aporte didático, consistente em elucidar os diferentes posicionamentos jurídicos sobre o tema em debate. Por fim, acredita-se que, quanto ao questionamento proposto, será constada a inconstitucionalidade da confissão, cabendo à doutrina e à jurisprudência a tarefa de superar a problemática trazida pela Lei n. 13.964/2019.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal. confissão. inconstitucionalidade.

¹ Discente do Curso de Direito; Centro Universitário Redentor, Itaperuna-RJ, thayaraantinareli@gmail.com

² Advogada especialista em Direito Penal e Processual Penal; Mestre em Cognição e Linguagem, pela Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), Centro Universitário Redentor, Campos dos Goytacazes-RJ, fernanda.acha@redentor.edu.br

³ Docente e Graduado em Letras pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras 'Santa Marcelina' de Muriaé-MG. Mestre em Letras: teoria literária e crítica da cultura, pelo Programa de Mestrado em Letras da Universidade Federal de São João Del Rei. Doutorando em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense – Darcy Ribeiro, pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia Política; IES, Centro Universitário Redentor, Itaperuna-RJ, renatoresgalajr@gmail.com



Abstract

This research aims to analyze the non-criminal prosecution agreement, addressing the genesis and evolution of said adjustment, its mitigation to the principle of mandatory criminal action and its legal nature. It also seeks to examine one of its requirements – the need for formal and detailed confession – in order to ascertain whether its requirement reveals a certain unconstitutionality. To this end, the study will follow a qualitative approach, as theoretical, since it will be based on the analysis of specific laws, resolutions and doctrine, from reliable sources, found in legal manuals and articles published on the Internet, which will offer a didactic contribution, consistent in elucidating the different legal positions on the topic under discussion. Finally, it is believed that, regarding the proposed questioning, the unconstitutionality of the confession will be established, leaving the task of overcoming the problematic brought by Law n. 13.964/2019.

Keywords: non-criminal prosecution agreement. confession. unconstitutionality.



1 INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal, ao lado de outros institutos despenalizadores, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada, trazem à baila um novo modelo de Justiça, em que, por meio de concessões recíprocas, o Estado-acusador, detentor do jus puniendi, e o investigado celebram um acordo entre si, em busca de uma resposta mais célere quando da prática de fatos típicos, ilícitos e culpáveis menos graves. É a chamada Justiça Penal Negociada, em que se verifica a mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. O Estado é beneficiado, na medida em que investe menos recursos para fazer punir crimes menos graves, propiciando à vítima de delitos dessa espécie uma maior reparação do dano sofrido; o acusado, por sua vez, é favorecido com um arquivamento ou a redução dos efeitos de uma sentença penal condenatória e, a sociedade como um todo, com o desafogar de um sistema penitenciário sobrecarregado e com a diminuição da sensação de impunidade.

Considerando tais repercussões na esfera processual penal e social, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio das resoluções de n. 181 e 183, editadas, respectivamente, em 2017 e 2018, já vinha, administrativamente, aplicando o acordo de não persecução penal, o que era alvo de crítica por alguns doutrinadores, já que matéria penal, que – de acordo com o artigo 22, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB n. 88) – é objeto de lei federal, era tratada por simples resolução. Outrossim, sinalizavam os pensadores processualistas a incompetência do Conselho Nacional do Ministério Público para a edição de resoluções, na medida em que, consoante o artigo 130-A, da Carta Magna, suas atribuições restringem-se ao controle administrativo e financeiro do Parquet, bem como à gerência de seus membros.

Nesse contexto, emergiu em 2019, a Lei n. 13.964, que passou a regular, entre outras matérias, o acordo de não persecução penal. Neste ponto, merece elogio a previsão legal trazida pela aludida lei federal, que, ao prever o instituto, respeitou o princípio da legalidade, corrigindo a inconstitucionalidade das resoluções supramencionadas, dado que a matéria penal, antes tratada em âmbito administrativo por órgão incompetente, passou a ser regulada por lei federal editada pela União, obedecendo-se aos ditames do artigo 22, I, CRFB n. 88.

De tudo isso decorre a justificativa do presente estudo, o qual se funda na atualidade do tema proposto, especialmente no que tange ao tratamento legal dado a um instituto, que apesar de encontrar similitude com outros já sistematizados por leis especiais, apresenta-se



como uma inovação legal, visto que, até então, era disciplinado somente por meio de resoluções administrativas no âmbito do Ministério Público. Ademais, vale destacar a magnitude da Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019) e os impactos por ela provocados.

Tratado no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, o instituto requer a observância de alguns pressupostos, para que seja aplicado. Ocorre que um dos requisitos impostos – notadamente a necessidade de o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal – encontra objeção por parte de certos doutrinadores, já que a exigência da confissão, sob sua ótica, afronta os princípios da não autoincriminação, previsto no artigo 5º, incisos LV, CRFB n. 88.

Diante das temáticas que se colocam, mister seja analisado o acordo de não persecução penal, o que se configura como objetivo geral do presente trabalho. Para que tal fim seja atingido, deve-se passar pelo enfrentamento de alguns pontos, tais como: (I) exame dos aspectos gerais do acordo de não persecução penal; (II) breve investigação do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), com o fito de demonstrar que a confissão consubstancia-se como um dos requisitos para a celebração da avença e (iii) averiguação de uma das questões polêmicas levantadas pela doutrina.

Nesse sentido, o estudo seguirá uma abordagem qualitativa, porquanto teórica, já que se apoiará na análise de legislações específicas e resoluções. Como se trata de um tema novo e que desafia a busca por respostas aos questionamentos não esclarecidos pela Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), será necessário também recorrer à doutrina. Deste modo, para compor o arcabouço teórico, é salutar socorrer-se de fontes fidedignas, encontradas nos manuais jurídicos, nas revistas jurídicas e nos artigos veiculados na *Internet*, que oferecerão um aporte didático, consistente em elucidar os diferentes posicionamentos jurídicos sobre o tema em debate.

Por tais razões, em um primeiro momento, serão abordados os aspectos gerais do acordo de não persecução penal, buscando-se perquirir acerca: da evolução histórica do instituto, considerando-se as resoluções n. 181 e 183, do Conselho Nacional do Ministério Público, de 2017 e 2018, respectivamente; de sua definição; da possibilidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e de sua natureza jurídica (BRASIL, 2017; 2018).

Em seguida, será tratado o artigo 28-A, caput, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), oportunidade em que se atentará para os requisitos reclamados para a celebração do ajuste, sendo discutida, logo após, a



inconstitucionalidade da necessidade de confissão do investigado como requisito para formalização do acordo.

Ao final, acredita-se que será concluído que o acordo de não persecução penal não foi suficientemente tratado pela Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), porquanto trouxe requisito inconstitucional para a formalização da avença – a confissão, já que tal exigência fere o princípio da não autoincriminação, dado que será imposta ao investigado a produção de prova contra si mesmo. Com isso, caberá à doutrina e à jurisprudência pátria a superação desse requisito, por meio da aplicação do princípio constitucional da não autoincriminação, da interpretação sistemática do ordenamento jurídico interno e da aplicação, *mutatis mutandi*, da *ratio* de outros institutos despenalizadores que com o acordo de não persecução penal se equiparam.

2 DESENVOLVIMENTO

A Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), publicada no Diário Oficial da União em 24 de dezembro de 2019, alterou substancialmente a legislação penal e processual penal, inclusive trazendo a previsão legal de alguns institutos, como o acordo de não persecução penal.

Em que pese já constar da prática penal, sendo aplicável em âmbito administrativo pelo Ministério Público, a disposição do acordo de não persecução penal pela referida lei revela-se inovadora, visto que, passando a constar no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, confere maior segurança jurídica ao investigado, na medida em que, cumpridos os requisitos, agora elencados por força de lei, poderá o Ministério Público oferecer àquele o aludido benefício. Caso não o faça, deverá o Parquet motivar suas razões, propiciando ao investigado a provocação da revisão da decisão ministerial ao órgão competente, o que não era possível em âmbito administrativo.

Nesta linha, o aludido diploma legal, popularmente conhecido como Pacote Anticrime, veio corrigir certa irregularidade apontada pelos doutrinadores, já que, anteriormente, o instituto era disciplinado pela resolução n. 181 (BRASIL, 2017), em seu artigo 18, que veio a ser modificado pela resolução de n. 183, em 2018, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Sustentavam alguns estudiosos que o acordo de não persecução penal, enquanto matéria penal, deveria ser tratado por lei federal, conforme estabelece o artigo 22, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB n. 88), e não por simples resolução administrativa. O doutrinador AVENA (2020, p. 310) ainda destaca que o órgão ministerial CNMP é incompetente para a criação de institutos dessa natureza, dado que suas



atribuições, na forma do artigo 130-A, §2º, CRFB n. 88, são o controle administrativo e financeiro do Ministério Público, bem como a gerência da atuação de seus membros.

Sobre esse tema, ressalta Pacelli (2020, p. 815) a observância ao princípio da legalidade pela supramencionada lei federal:

A Lei nº 13.964/19, publicada no findar de 2019, já conhecida desde sempre pela estranha alcunha de “Lei Anticrime” [...], alterou o Código de Processo Penal e adotou o instituto em questão, tratando de corrigir suas irregularidades, a começar pelo respeito ao princípio da legalidade, por se tratar de instrumento normativo compatível (lei em sentido estrito) [...].

Desse modo, pode-se considerar que, no Direito Processual Penal Pátrio, a gênese do acordo de não persecução penal remonta às resoluções administrativas n. 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público, o que violava o princípio da legalidade, uma vez que a competência para tratar de matéria processual penal, como é o caso do aludido pacto, é privativa da União, por meio de lei em sentido estrito, de acordo com previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesta toada, a evolução do instituto, com previsão na Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), superou dupla afronta constitucional, no que tange à competência e à legalidade, pois, o acordo de não persecução penal, outrora tratado por resolução administrativa do CNMP, passou a ser regulado pela própria União, mediante lei federal em sentido estrito, obedecendo-se aos parâmetros pré-estabelecidos pelo constituinte originário.

Superadas essas breves considerações sobre a origem, no Direito Brasileiro, do acordo de não persecução penal, passam-se à análise da mens legis do instituto. Para tanto, deve-se observar algumas benesses legais que com ele se assemelham, a saber: a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada.

Como cediço, para infrações de menor potencial ofensivo – contravenções penais e crimes cuja pena mínima cominada seja inferior a 02 (dois) anos – existe a transação penal. Em apertada síntese, quando o suposto autor do fato não tiver sido condenado por crime, mediante sentença penal transitada em julgado, à pena privativa de liberdade; nem beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação penal; e, desde que, indiquem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida, poderá ele ser beneficiado pela transação penal.



Isso significa que, ao invés de ser deflagrada uma ação penal em desfavor do investigado, em caso de delitos de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação, o Ministério Público poderá propor a aplicação de penas restritivas de direito ou multa, que, aceita pelo autor da infração, passará pelo crivo do juízo para homologação; e, uma vez cumprida, ensejará a extinção da punibilidade do suposto autor do fato, consoante artigos 76 e 84, parágrafo único, ambos da Lei n. 9.099 (BRASIL, 1995).

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.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

Essa mesma lei, agora em seu artigo 89, trata da suspensão condicional do processo, que será concedida, após o oferecimento da denúncia, aos acusados a que o Parquet tenha imputado crime cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, caso estes não estejam sendo processados ou não tenham sido condenados por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Percebe-se, pois, que a suspensão condicional do processo também se aplica a infrações de menor gravidade.



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 (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Já a colaboração premiada tem aplicação a crimes mais graves, como é o caso das organizações criminosas. Definidas pelo artigo 1º, da Lei n. 12.850 (BRASIL, 2013), são entendidas como associações de 04 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenadas e caracterizadas pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Para que seja reconhecido o acordo de colaboração premiada, a referida lei elenca uma série de pressupostos, presentes nos artigos 3º-A ao 7º.

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

[...]

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações,



assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.

Isso demonstra que, para os crimes de menor gravidade, existem algumas providências que podem ser postas em benefício do réu, como é o caso da transação penal e da suspensão condicional do processo. Ele se diga em relação aos crimes de maior gravidade, em que se tem a colaboração premiada. Lado outro, antes da entrada em vigor da Lei n. 13. 964 (BRASIL, 2019), não havia previsão legal de benefício similar aos crimes de média gravidade, sendo certo, ainda, que a disposição administrativa sobre o assunto veio a se dar somente em 2017 e, em seguida, em 2018, respectivamente, pelas resoluções n. 181 e 183, do Conselho Nacional do Ministério Público. Portanto, infere-se que o acordo de não persecução penal, por meio do Pacote Anticrime, foi responsável por preencher uma lacuna legal no que tange aos crimes de média gravidade.

Nesse sentido, constata-se que o acordo de não persecução penal, ao lado da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada, traz à baila um novo modelo de Justiça, em que, por meio de concessões recíprocas, o Estado-acusador, detentor do jus puniendi, e o investigado celebram um acordo entre si, em busca de uma resposta mais célere quando da prática de fatos típicos, ilícitos e culpáveis. É a chamada Justiça Penal Negociada. No que tange ao acordo de não persecução penal, esclarece Viana (2019, p. 373), quem são os beneficiados. O Estado, na medida em que investe menos recursos para fazer punir crimes de média gravidade, propiciando às vítimas maior reparação do dano sofrido. O investigado, por sua vez, é favorecido com a não deflagração de uma ação penal contra si e, por conseguinte, livra-se dos efeitos de eventual sentença penal condenatória. Por fim, a sociedade, como um todo, com o desafogar de um sistema penitenciário sobrecarregado, bem como com a diminuição da sensação de impunidade.

Com isso, chega-se à compreensão da benesse legal ora examinada, que, nas palavras de Avena (2020, p. 310), pode ser concebido como:

Por acordo de não persecução penal compreende-se o ajuste celebrado, em determinadas condições e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de seu advogado), por meio do qual



são estipuladas condições cujo cumprimento implicará em não ajuizamento de ação penal e extinção da punibilidade.

Assim, pode-se definir o acordo de não persecução penal como um pacto pré-processual, sujeito à homologação pelo Poder Judiciário, firmado entre o Ministério Público e o investigado, desde que preenchidos alguns requisitos legais, o qual ensejará a extinção da punibilidade do suspeito, se cumpridas as condições impostas pelo órgão acusador.

Pelo conceito formulado, depreende-se que o Ministério Público, titular da ação penal pública, deixará de oferecer a denúncia em face do investigado – imputando-lhe a prática de uma infração penal – para propor um ajuste de vontades, qual seja, o acordo de não persecução penal.

Nesse contexto, percebe-se que, em que pese ser dever institucional do Parquet a propositura da ação penal (de acordo com o artigo 129, I, CRFB/88), assim como ser obrigatório o ajuizamento da inicial acusatória, quando presentes os requisitos mínimos previstos em lei (interpretação adequada ao artigo 24, primeira parte, do Código de Processo Penal) – o que dá azo à existência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o órgão ministerial não deflagra o processo acusatório, quando da possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal.

Diante disso, com a entrada em vigor do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, muitos pensadores processualistas questionaram a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, ao argumento de que a previsão violaria o princípio da obrigatoriedade da ação penal, porquanto, embora existente um suposto fato típico, ilícito e culpável, acompanhado de indícios de materialidade e autoria, o Ministério Público não ofereceria a denúncia. Sustentam que, sob essa ótica, o Parquet estaria agindo pautado por um critério de oportunidade – próprio da ação penal privada – já que optaria por promover ou não a aludida inicial a depender da conveniência do acordo de não persecução penal. É assim que Lima (2018 *apud* VECCHI, 2020) conceitua o princípio da obrigatoriedade, ou seja, sem abertura a discricionariedades por parte do titular da ação penal.

A principal crítica que é formulada ao acordo de não-persecução penal reside na suposta violação do caráter obrigatório da ação penal pública, ideia segundo a qual o Ministério Público estaria obrigado a denunciar qualquer fato delituoso que chegasse ao seu conhecimento e que a lei não explicita outra forma de ação. Para alguns, tal obrigatoriedade levada a último efeito se transformaria em um obstáculo para a seletividade na persecução criminal brasileira. (LIMA, 2018, p. 203).



A despeito desse entendimento, a maior parte dos doutrinadores tem se posicionado no sentido de que não resta configurada a violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas tão somente uma mitigação. Isso porque o Ministério Público, ao receber o inquérito policial ou congêneres, não possui como única via a propositura da ação penal, dispondo também de juízos acerca da possibilidade de arquivamento, de requisição de novas diligências ou de oferecimento de institutos despenalizadores, dentre os quais se incluem o acordo de não persecução penal. Segundo o promotor de justiça Lai (2020, *on-line*):

Da mesma forma que na transação penal do art. 76 da lei 9.099/95, vislumbra-se mitigação do princípio da obrigatoriedade do art. 28 do CPP (STF, RE 795.567/PR), e não uma exceção. Com efeito, o referido princípio deve ser interpretado como um verdadeiro dever do MP de agir, seja denunciando (visão clássica e tradicional do processo penal), seja acordando, não podendo se falar neste último caso em omissão ou desídia do parquet.

Sob esse prisma, caracterizado pelo princípio da obrigatoriedade em regra, que pode ser excepcionado, mediante previsão legal, pela adoção de juízo de discricionariedade, consistente em celebração de acordos entre o órgão acusador e o investigado em busca de uma resposta estatal mais célere quando do cometimento de infrações penais, é que têm surgido na doutrina novas expressões para qualificar o princípio que rege as ações penais públicas incondicionadas, tais como “obrigatoriedade mitigada” ou “discricionariedade regrada”. Resume Avena (2020, p. 257):

Adota-se, neste último caso, o princípio da obrigatoriedade mitigada ou da discricionariedade regrada, viabilizando-se ao Ministério Público, diante da presença dos requisitos legais, deixar de propor a ação penal e oferecer ao autor do fato a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, encerrando-se, assim, o procedimento.

Verifica-se, pois, que o oferecimento do acordo de não persecução penal não se configura como um não agir por parte do órgão acusador – que levaria à violação do princípio da obrigatoriedade da ação penal –, mas tão somente como uma das alternativas postas ao Ministério Público, por expressa previsão legal. Cuida-se de uma justiça penal negociada, que traz consigo uma ponderação entre os princípios da obrigatoriedade e da discricionariedade, em que o agir do órgão acusador é pautado pela conveniência, não havendo que se falar, pelas razões acima expostas, em inconstitucionalidade, mas tão somente em uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, também chamada discricionariedade regrada.



Em breves palavras, foi averiguado, até o momento, que o acordo de não persecução penal – que teve seu nascimento em âmbito administrativo por meio das resoluções n. 181 e 183, de 2017 e 2018, nesta ordem, do CNMP – é um ajuste celebrado entre o Ministério Público e o investigado, desde que preenchidos certos requisitos e condições previstos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019).

Diante dessa legitimidade conferida ao Parquet para celebração do aludido pacto, faz-se necessário perquirir sua natureza jurídica, visto que esta influência sobremaneira na obrigatoriedade ou não de o Ministério Público formular a proposta ao investigado, quando satisfeitas as exigências legais. A problemática levantada não possui consenso doutrinário, havendo, pelo menos, três correntes que tratam sobre o assunto, as quais serão enumeradas na sequência.

A primeira teoria apregoa que o acordo de não persecução penal é direito subjetivo do investigado. Logo, se o investigado cumprir os requisitos legais, deve a ele ser formulada a referida proposta. Caso o Ministério Público não proceda dessa maneira e ofereça denúncia, é necessário que fundamente suas razões.

Um dos expoentes desse raciocínio é Lopes Júnior (2020, *on-line*), que traz como fundamento para sua posição a possibilidade de o próprio investigado fazer o pedido de revisão do parecer ministerial que a si negou o acordo de não persecução penal. De acordo com o processualista, o parágrafo 14 do artigo 28-A determina que, em caso de o Parquet recusar-se à propositura do ajuste será aplicado o artigo 28 do mesmo diploma legal. Pela nova redação do supramencionado dispositivo, o investigado terá um prazo de 30 (trinta) dias para requerer a revisão da decisão à instância competente do Ministério Público.

Ocorre que o aludido artigo teve sua eficácia suspensa, por decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 6305, vigorando, deste modo, o artigo 28, do Código de Processo Penal, com redação anterior à Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019). Logo, se o juiz entender que estão preenchidos os requisitos para o oferecimento do acordo de não persecução penal, deverá remeter os autos ao procurador geral, que poderá oferecer o acordo de não persecução penal, designar outro promotor de justiça para fazê-lo ou insistir em sua inaplicabilidade. Registre-se que Lopes Júnior ainda admite a viabilidade de o próprio juiz, mediante provocação do investigado, reconhecer a incidência do acordo de não persecução penal, já que se trata de direito subjetivo. Eis o entendimento do autor *in verbis*:



Determina o § 14 que se deve aplicar por analogia o art. 28 do CPP, com o imputado fazendo um pedido de revisão (prazo de 30 dias) para a instância competente do próprio MP, que poderá manter ou designar outro membro do MP para oferecer o acordo. Essa é uma leitura possível do novo art. 28 e sua incidência em caso de inércia do MP. Contudo, é possível cogitar de outra alternativa. Acolhendo a tese de que se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional. Mas já imaginamos que essa posição encontrará resistência e que a tendência poderá ser pela aplicação do art. 28 do CPP (seja o art. 28 antigo ou pelo novo dispositivo - cuja liminar suspendeu a eficácia - quando entrar em vigor).

Já a segunda corrente doutrinária entende que o acordo de não persecução penal se trata de uma faculdade do Ministério Público, dado que o próprio artigo 28-A, do Código Processual Penal estabelece que o Parquet “poderá” oferecer o acordo de não persecução penal se a medida for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Vê-se, pois, que se trata de uma possibilidade aberta ao órgão acusador, que será avaliada por meio de juízo de conveniência, no que concerne à adequabilidade da reprimenda, quando da prática de delitos de média potencialidade ofensiva.

Outra não poderia ser a interpretação conferida ao dispositivo legal, pois caso incidisse a hermenêutica indicada pelos defensores da primeira teoria, o caput traria uma obrigação ao Ministério Público e, para tanto, o legislador se utilizaria de expressões como “deverá”, conforme assinala DAMIAN (2020, *on-line*).

Outrossim, apura-se que, em última análise, a decisão sobre a propositura ou não do acordo de não persecução penal cabe ao próprio Ministério Público – seja em primeira ou última instância – e não ao juízo. Com efeito, o artigo 28-A, CPP, prevê, em seu caput, que a proposta será formulada pelo Ministério Público.

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: (grifos nossos)



Mais adiante, o §14 estabelece que o investigado deverá proceder de acordo com o artigo 28 do mesmo diploma legal, diante da recusa do Parquet. Como dito linhas acima, o artigo 28, CPP, que determina que o investigado deverá acionar a instância competente do Ministério Público teve sua vigência suspensa por ordem do ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 6305, razão pela qual prevalece a antiga redação, a qual dispõe que os autos serão remetidos ao procurador geral que poderá manter a decisão inicial ou formular o acordo de não persecução penal por si ou por meio de outro promotor de justiça.

§ 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.

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Vale dizer, pelo texto anterior ou coetâneo à Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), a última palavra será do próprio Ministério Público, de onde exsurge sua faculdade para o oferecimento do acordo de não persecução penal, uma vez que, caso assim não o fosse, o próprio juiz, por meio do controle de legalidade, poderia fazer valer o direito subjetivo do investigado ao aludido ajuste.

Ainda sobre o tema, a juíza de direito Josita (2020, on-line), aplicando *mutatis mutandi* o entendimento do Superior Tribunal de Justiça à suspensão condicional do processo, considera que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é faculdade do órgão acusador, sob a justificativa de que ambos se tratam de instrumentos despenalizadores, pertencentes à Justiça Penal Negociada. Assim, leciona que pode o Parquet recusar-se a celebrar o acordo de não persecução penal, devendo, para tanto, fundamentar suas razões.

Como já decidiu o STJ (AgRg no RHC 74.464/PR), a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça



de forma fundamentada. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado para o instituto do ANPP, já que ambos têm o mesmo caráter de instrumento da Justiça penal consensuada. O MP não é obrigado a ofertar o acordo mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual está deixando de fazê-lo, até mesmo porque o agente tem direito a saber a razão da recusa pelo MP para ter como desenvolver sua argumentação no pedido de revisão que poderá fazer junto ao Órgão Ministerial Revisional para o qual poderá dirigir um pedido de reconsideração, com remessa dos autos (art. 28, § 14, CPP).

Na mesma linha, caminha a jurisprudência pátria. À guisa de amostra, segue decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no julgamento do habeas corpus nos autos do processo n. 2026314-51.2020.8.26.0000, de relatoria do desembargador Sale Júnior, asseverou que não deve o Poder Judiciário se imiscuir na propositura do acordo de não persecução, visto que o instituto é oferecido segundo a discricionariedade do órgão acusador, não existindo vinculação legal quanto à necessidade de sua propositura. Noutros termos, entende o Egrégio Tribunal que não se trata de direito subjetivo do acusado.

Acerca do **acordo de não persecução penal**, trata-se de uma **discricionariedade do Ministério Público**, eis que o artigo 28 A do Código de Processo Penal dispõe que: “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 (...)”. Ou seja, **trata-se de um dispositivo legal não vinculante, não devendo o Poder Judiciário interferir na obrigatoriedade de sua aplicação**. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2026314-51.2020.8.26.0000; Relator(a): Ricardo Sale Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/04/2020; Data de Registro: 05/04/2020, grifo nosso)

Desse mesmo modo também assimila o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, ao dispor em seu enunciado de n. 19 que: “o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.

Em função de se tratar de faculdade do Ministério Público, entendendo este órgão pelo não cabimento do acordo de não persecução penal, uma alternativa não restará senão o ajuizamento da denúncia, que deverá ser recebida pelo juízo, se apta, não competindo ao magistrado perquirir acerca da ausência de propositura do instituto, posicionamento com o qual concorda Avena (2020, p. 320).



Acrescenta Brasileiro (2020, p. 276) que, caso o acordo de não persecução penal se tratasse de direito subjetivo do investigado, poderia o juiz impor sua celebração de ofício, o que feriria um dos pressupostos da avença – o consenso – bem como o sistema acusatório.

A par dessa inteligência que, à luz do presente estudo se configura como a mais acertada, sublinha Avena (2020, p. 320) a presença de uma terceira tese que capta o acordo de não persecução penal como condição de procedibilidade da ação penal.

Ultrapassada a etapa de investigação dos aspectos gerais do acordo de não persecução penal, passa-se à análise da confissão, como requisito para sua celebração.

Como alinhavado outrora, o acordo de não persecução penal encontra-se materializado, no ordenamento jurídico pátrio, no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, dispositivo que fora incluído por meio da Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), que, entre outros tópicos, altera a legislação processual penal até então vigente.

O caput do supracitado artigo assim estabelece:

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:

Da leitura do dispositivo, nota-se que foram elencadas cinco condições cumulativas para que seja ao investigado oferecido o acordo de não persecução penal: a) não ser caso de arquivamento; b) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal; c) ter sido a infração penal cometida sem violência ou grave ameaça; d) ser a pena mínima cominada à infração penal inferior a quatro anos e e) ser a medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Passa-se, pois, à análise de um desses requisitos – a confissão – para, em seguida, perquirir sua constitucionalidade.

O texto legal dispõe ser imprescindível para a celebração do acordo de não persecução penal a confissão formal e circunstanciada da infração. Ser a confissão formal significa que esta deve ser reduzida a termo. Já a expressão “confissão circunstanciada” quer dizer que é salutar que o investigado descreva com riqueza de detalhes a prática da infração, gerando uma confissão total e não apenas de parte do crime.

Um adendo feito por Avena (2020, p. 313) refere-se à descrição da infração penal no caso de concurso de agentes. De acordo com o autor, não é necessário que o investigado



revele o nome de seu comparsa – até porque tal exigência se confundiria com um dos requisitos da colaboração premiada – motivo pelo qual será suficiente que este admita que a infração se realizou em concurso de pessoas e que esmiúce qual foi sua tarefa. É o que se conclui do excerto a seguir:

Logo, confissão meramente parcial, ou sob alegação de excludentes ou dirimentes (a chamada confissão qualificada), ou sem o esclarecimento das circunstâncias principais que contornaram a infração (e aqui incluímos a referência à quando e onde ocorreu, o modo de execução e a motivação) não viabilizam o ajuste. E quando se tratar de crime cometido em concurso de pessoas? Não vemos como exigência, para fins de se considerar confessado circunstancialmente o crime, a de que o investigado indique quem foi o coautor ou partícipe, mesmo porque isto é próprio dos acordos de colaboração premiada, cuja natureza e requisitos, como dissemos alhures, é distinta do acordo de não persecução. Logo, basta que informe que o delito foi cometido por ele em comunhão de esforços e vontades com terceiro, esclarecendo qual foi o seu envolvimento naquela prática.

Como adiantado, a confissão, como requisito para a efetivação do acordo de não persecução penal, tem enfrentado certa rejeição por parte da doutrina pátria, especialmente por afrontar o princípio da não autoincriminação.

Todavia, antes de se adentrar nas minúcias da matéria, é necessário que se examine o princípio da não autoincriminação, previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil e no artigo 8º, parágrafo 2º, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

O princípio da não autoincriminação é corolário do princípio da ampla defesa. Este, nas palavras de Mougenot (2019, p. 99), “consubstancia-se no direito das partes de oferecer



argumentos em seu favor e demonstrá-los, nos limites em que isso seja possível”, o que poderá ser exercido tanto pela defesa técnica, como pela autodefesa. De maneira sucinta, o mesmo autor (2019, p. 100), conceitua a autodefesa como aquela “exercida diretamente pelo acusado”, que, segundo Lopes Júnior, pode ser subdividida em defesa pessoal positiva e defesa pessoal negativa. A primeira refere-se à defesa feita pelo próprio sujeito passivo, que poderá declarar “os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa” (2020 p. 115). Já a segunda relaciona-se à “disponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoal, na medida em que sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar” (2020, p. 115).

É justamente nesta última esfera que se encaixa o princípio da não autoincriminação, também denominado *nemo tenetur se detegere*, em que se garante ao investigado/acusado “o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 117). Disso, conclui-se que o princípio da não autoincriminação é uma decorrência implícita do princípio da ampla defesa, desdobramento autodefesa, em que se garante ao indivíduo o direito de não fazer prova contra si mesmo e de não se submeter a nenhum meio de prova que lhe seja prejudicial.

Com base nessa premissa, é que Mendes e Martínez (2020, p. 64) entendem pela inconstitucionalidade da exigência da confissão para a celebração do acordo de não persecução penal, tendo em vista que impor ao investigado, que tem interesse no ajuste, a confissão seria forçá-lo a produzir prova contra si mesmo, “representando na práxis um modo de vulneração da pessoa acusada”.

Por se tratar a não autoincriminação de direito constitucionalmente e convencionalmente protegido, já que encontra amparo tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como no Pacto de São José da Costa Rica, completa RODRIGUES (2020, *on-line*) que o requisito da confissão, no acordo de não persecução penal, “padece de inconstitucionalidade e inconvencionalidade, visto que, a um só tempo, afronta, materialmente, esses dois diplomas normativos”.

Por seu turno, sustenta Avena (2020, p. 313) que não há que se falar em inconstitucionalidade, uma vez que o investigado não é obrigado a celebrar o acordo de não persecução penal, estando a celebração do ajuste sujeita à voluntariedade do investigado. Assim, considera que, caso queira pactuar com o órgão acusador, necessita o investigado cumprir todas as formalidades legais, em que se inclui a confissão. Destaca o autor que não haverá qualquer prejuízo no âmbito penal ou processual penal se firmado o acordo. Pelo



contrário, o cumprimento do acordo ensejará a extinção da punibilidade, sem reconhecimento de qualquer responsabilidade penal.

Contrárias a essa tese, Mendes e Martínez (2020, p. 65) sublinham a possibilidade de o investigado, por receio de lhe vir a ser movida uma ação penal, confessar falsamente a prática de uma infração penal e, não tendo condições financeiras de manter uma prestação pecuniária, venha a descumprir o acordo de não persecução penal. Leia-se:

Basta que imaginemos um dos tantos rincões brasileiros, onde não há defensoria pública, no qual alguém, com o justo receio de que possa responder a um processo criminal (que, por certo, durará anos), confesse falsamente para obter um acordo de não persecução penal. Posteriormente, não tendo condições de, por exemplo, arcar com os valores da prestação pecuniária que lhe foi exigida como parte do acordo, venha a ser formalmente processado, sendo que sua confissão sobre o crime que não cometeu já se encontra nos autos.

Isso porque, estabelece o artigo 28-A, §10, CPP, que é dever do Parquet, comunicar eventual descumprimento do pacto ao juízo – para fins de rescisão do acordo de não persecução penal – e oferecer a denúncia (“§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”).

Constata Lima (2020, p. 286) ser intuitivo o oferecimento da denúncia em caso de descumprimento das cláusulas ajustadas, já que, desde o início, existia justa causa para a propositura da ação penal (uma vez que não se admitirá o acordo para hipóteses de arquivamento), porém, o Ministério Público, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, propõe o ajuste, mediante o cumprimento de determinadas condições, caso o investigado preencha os requisitos para tanto. Assim, se descumpridas as cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*, em que havendo justa causa, o oferecimento da denúncia é medida de rigor.

Percebe-se, então, que a questão ganha mais corpo quando se tem em conta uma das consequências do descumprimento do acordo de não persecução penal: o oferecimento da denúncia, o que deve ser lido em conjunto com a suspensão da figura do juiz das garantias por tempo indeterminado, por ordem do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux.

Explica Avena (2020, p. 314) que, se instituída a figura do juiz das garantias, este será o responsável pela homologação do acordo de não persecução penal, não tendo o juiz da instrução qualquer contato com os assuntos apreciados pelo juiz das garantias, salvo as provas irrepetíveis. É o que preceitua o artigo 3º-C, §3º, CPP:



Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

[...]

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Deste modo, não terá o juiz da instrução – que prolatará a sentença penal – acesso à confissão feita pelo investigado por ocasião do acordo de não persecução penal, não havendo dúvidas sobre a impossibilidade de ele se utilizar da confissão feita pelo investigado para fins de formação de sua convicção.

Por outro lado, se mantida a suspensão das normas que cuidam do juiz das garantias ou declarada a inconstitucionalidade de seus dispositivos, a princípio, o mesmo juízo que homologou o acordo de não persecução penal será o responsável por proferir a decisão final da ação penal, caso haja o oferecimento da denúncia como consequência do descumprimento da avença. Neste caso, a utilização ou não da confissão – realizada por ocasião do acordo – como elemento de convicção pelo magistrado polariza opiniões.

Avena (2020, p. 314) considera que, uma vez disponíveis ao juiz da sentença os elementos de informação da fase pré-processual, poderá ele se pautar na confissão – de forma complementar as provas obtidas na fase judicial – para formação de seu convencimento. Na mesma linha, sustenta Renato Brasileiro (2020, p. 287) que a denúncia oferecida pelo Parquet poderá trazer a confissão, formalizada no acordo de não persecução penal, como elemento probatório, a qual poderá ser tomada pelo juízo, em cotejo com as provas judiciais, para a prolação da sentença penal. Marrey (2020, *on-line*) também leciona que a confissão pode acompanhar a denúncia, sustentando que equivaleria a uma confissão feita no inquérito policial ou equivalente, de modo que precisará ser confirmada na fase judicial.

Já Castro e Netto (2020, *on-line*) asseveram que a confissão, realizada pelo investigado por ocasião do acordo de não persecução penal, deve ser utilizada somente como requisito para a celebração da referida avença e não para fins de processo, motivo pelo qual “não há que se falar em utilização da confissão pela acusação para lastrear sua hipótese acusatória, da mesma forma que incabível a sua utilização como elemento de prova para embasar eventual decreto condenatório”.



Destaca Rodrigues (2020, *on-line*) que, ainda que a confissão não deva servir de base para uma sentença penal condenatória, o fato de ela acompanhar o processo causaria uma “indevida influência na convicção do magistrado sentenciante (juiz da instrução), haja vista que este terá pleno conhecimento de que, em determinada fase processual, o investigado/acusado admitiu a prática delitiva”. Lembra o aludido técnico judiciário que institutos pares, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, não exigem a confissão. Tudo isso, segundo ele, aponta para a indevida imposição da confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal, posicionamento com o qual concorda este estudo.

Adiciona Mazloum (2020, *on-line*) que, na delação premiada, que se configura como um instituto despenalizador assim como o acordo de não persecução penal, caso desfeito o pacto “as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador”. Por essa razão, a mesma *ratio* deveria se aplicar à avença ora estudada.

Por fim, reafirma Cunha (2020 *apud* SOARES; BORRI; BATTINI, 2020) que a admissão de culpa, quando da confissão no acordo de não persecução penal, não pode trazer qualquer repercussão na esfera jurídica, visto que ausente o devido processo legal.

Todos esses motivos apontam para a inviabilidade de se utilizar a confissão feita pelo investigado no acordo de não persecução penal como elemento de convicção a ser utilizado pelo juízo, quando da prolação da sentença. Por conseguinte, reforça-se sua inconstitucionalidade, enquanto requisito para avença, visto que, além de violar o princípio da não autoincriminação, a confissão ao acompanhar o processo – caso não instituída a figura do juiz das garantias – causará a indevida influência do magistrado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou analisar o acordo de não persecução penal, que, muito embora já tivesse previsão de aplicabilidade administrativa na Resolução n. 181 (BRASIL, 2017), do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pela Resolução n. 183 (BRASIL, 2018), do mesmo órgão, foi legalmente introduzido no sistema jurídico pátrio mediante a Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), que inseriu o artigo 28-A, ao Código de Processo Penal.

Para que tal fim fosse atingido, em um primeiro momento, foram examinados aspectos gerais do pacto. O início da pesquisa se deu com a averiguação da evolução histórica da avença que teve sua gênese com as supracitadas resoluções emanadas pelo CNMP e, em



2019, passou a ser preceituado legalmente na Lei n. 13.964/2019. Alguns doutrinadores, como Eugênio Pacelli e Norberto Avena, elogiaram a nova lei infraconstitucional que, ao disciplinar o ajuste, corrigiu, ao mesmo tempo, vício de competência e legalidade, advindo das resoluções administrativas, já que o acordo deixou de ser tratado por simples resolução ministerial para ser cuidado por lei federal.

Em seguida, foram investigadas algumas benesses legais que guardam compatibilidade com o acordo de não persecução: a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada, do que foi possível observar que, assim como esses, o acordo de não persecução penal é um instituto despenalizador, que provém de uma Justiça Penal Negociada, a qual pretende conferir uma resolução mais célere quando da prática de infração penal menos grave, por meio de trato firmado entre o Estado e o investigado/acusado.

Adiante, foi constatado que, apesar de encontrar resistência por parte de alguns processualistas, o acordo de não persecução penal foi legitimado como uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Isso porque, geralmente, o Ministério Público possui o dever de promover a ação penal pública em desfavor do infrator, se presentes os requisitos mínimos para tanto. Contudo, havendo previsão legal, pode o Parquet dispor de certo juízo de discricionariedade para deliberação acerca da possibilidade de se firmar eventual acordo com o investigado para reprimir e prevenir a prática de infrações penais, quando estas forem de baixa ou média gravidade.

Ainda, foi debatida a natureza jurídica do acordo de não persecução penal, tema que não possui consenso doutrinário. Em breve síntese, notou-se que existem três correntes sobre o assunto. A primeira teoria apregoa que se cuida de direito subjetivo do investigado, porque este pode requerer a revisão do parecer ministerial, com fulcro no artigo 28-A, §14, CPP. Adiciona Aury Lopes Júnior que poderia o juiz fazer valer o direito do investigado à avença, mediante provocação. A segunda tese preconiza que se trata de faculdade do Ministério Público, pois é a este órgão, que em última análise, competirá a decisão sobre a incidência ou não do acordo de não persecução penal, por meio de seu juízo de conveniência. Ajunta a juíza de direito Higyna Josita que a natureza jurídica da suspensão condicional do processo, que também se consubstancia como instituto despenalizador, é de faculdade ministerial, motivo pelo qual a mesma *ratio* deveria se aplicar ao acordo de não persecução penal. Já a terceira proposição aventa que se configuraria como condição de procedibilidade da ação penal.

Sobre o tema, o presente trabalho entendeu que a segunda corrente apresenta-se como a mais acertada, visto que o artigo 28-A e seus parágrafos evidenciam a discricionariedade do



Ministério Público em oferecer ou não o acordo de não persecução penal. Com efeito, o caput do dispositivo dispõe que o Parquet “poderá” oferecer o ajuste, não impondo ao órgão ministerial uma obrigação, já que a formalização da avença dependerá de um juízo de oportunidade do Ministério Público, que, entre outros aspectos, analisará a suficiência da medida. Ademais, ainda que o investigado possa requerer a revisão da decisão, a deliberação será do próprio órgão, em sua instância superior e não do juízo. Ora, se fosse o caso de direito subjetivo do investigado, o próprio juízo poderia fazer a análise do cabimento do acordo.

Em um segundo momento, foi estudado um dos requisitos dispostos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, para a celebração do acordo de não persecução penal: a confissão. Em seguida, foi discutida a inconstitucionalidade ou não desse pressuposto, tema que divide opiniões.

Soraia da Rosa Mendes e Ana Maria Martínez consideram que tal requisito viola o princípio da não autoincriminação, albergado pela Carta Magna, em seu artigo 5º, LXIII, bem como pelo artigo 8º, parágrafo 2º, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica. Por outro lado, Norberto Avena defende a constitucionalidade da confissão, visto que esta apenas será feita se o investigado assim optar, não se impondo a ele o dever de admitir a prática da infração penal para outro fim, senão para firmação de acordo entre ele e o Ministério Público, o que, sob sua ótica, seria plenamente possível, na medida em que para obter os benefícios do acordo – extinção da punibilidade – deve o investigado se submeter às exigências legais.

Na mesma ocasião, foi debatido se a confissão poderia ser utilizada pelo juízo, para formação de sua convicção durante a prolação da sentença, caso o investigado viesse a descumprir o acordo de não persecução penal. É harmônico o entendimento de que, instituída a figura do juiz das garantias, não poderá a confissão ser utilizada pelo juiz da fase de conhecimento, visto que um não poderá se imiscuir nas atribuições do outro. Em contrapartida, se mantida a suspensão do juiz das garantias ou declarada sua inconstitucionalidade, a temática “utilização da confissão como meio de prova” gera dissenso doutrinário.

Norberto Avena e Renato Brasileiro pregam que a confissão poderá ser valorada pelo juiz, na formação de seu convencimento, de forma complementar às demais no curso da instrução. Já Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro e Fábio Prudente Netto rechaçam essa possibilidade, restringindo a utilização da confissão como requisito do acordo de não persecução penal. Ali e Amir Mazloum comungam desse entendimento, sustentando que ao acordo de não persecução penal deve ser utilizada a mesma lógica da colaboração premiada,



visto que ambos se classificam como institutos despenalizadores, e, por isso, a confissão, como requisito do pacto, não pode ser utilizada em desfavor do acusado quando da prolação de uma sentença penal.

Este projeto, ponderando as ideias, acompanhou a segunda corrente, pois compartilha da noção que utilizar a confissão feita por ocasião do acordo de não persecução penal fere o princípio da não autoincriminação, pois, para fins de celebração do pacto, é exigido que o investigado produza prova contra si mesmo. Vale ressaltar que não se encontra requisito semelhante para a formalização de outros institutos despenalizadores. Ademais, o fato de o investigado admitir a prática da infração penal para fins de ajuste faz com que grande parte dos processualistas entenda que esta confissão possa servir como meio de prova e, ainda que o magistrado não a utilize como *ratio decidendi*, sabe-se que, na prática, a confissão causa uma indevida influência do julgador, casos em que o investigado será prejudicado.

Isto posto, concluiu-se que o acordo de não persecução penal não foi suficientemente tratado pela Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), na medida em que trouxe requisito inconstitucional para a avença. Desse modo, competirá à doutrina e à jurisprudência, por meio da observância do princípio constitucional da não autoincriminação, da interpretação sistemática do ordenamento jurídico e da aplicação *mutatis mutandi da ratio de benesses* legais semelhantes, a superação da problemática.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 22 set. 2020.

AVENA, N. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, de 20 de janeiro de 2020. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253>; <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, sem ano, sem numeração, não paginado, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União – CNGP. Grupo Nacional dos Coordenadores de Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM. Enunciado 19. Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 18 set. 2020.



BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181, de 07 de agosto de 2017. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, sem ano, sem numeração, não paginado, 07 ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, sem ano, sem numeração, não paginado, 24 jan. 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, sem ano, sem numeração, não paginado, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 setembro, 2020.

BRASIL. Lei das Organizações Criminosas. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, sem ano, sem numeração, não paginado, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, sem ano, sem numeração, não paginado, 02 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Pacote Anticrime. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, sem ano, sem numeração, não paginado, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 01 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus Criminal 2026314-51.2020.8.26.0000, da 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba - 1ª Vara Criminal. Relator: Ricardo Sale Júnior; 05 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/254775083/processo-n-2026314-5120208260000-do-tjsp>. Acesso em: 01 set. 2020.

CASTRO, C. S. C. L. de.; PRUDENTE NETTO, F. **Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opinio-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 22 set. 2020.

DAMIAN, F. B. **O acordo de não persecução penal**: requisitos necessários para a sua realização. 2020. Disponível em: <https://www.jobimadvogados.com.br/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-requisitos-necessarios-para-a-sua-realizacao/>. Acesso em: 01 set. 2020.

LAI, S. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 01 de setembro, 2020.

LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, A. C. L. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, A.; JOSITA, H. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 01 set. 2020.



MARREY, J. G. D. R. **Acordo de não persecução penal e o uso da confissão como prova contra o réu**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82519/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-uso-da-confissao-como-prova-contr-o-reu>. Acesso em: 22 set. 2020.

MAZLOUM, A.; MAZLOUM, A. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 12 out. 2020.

MENDES, S. da. R.; MARTÍNEZ, A. M. **Pacote anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RODRIGUES, R. A. **Principais aspectos do acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/principais-aspectos-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/#:~:text=Entretanto%2C%20faz%2Dse%20necess%C3%A1rio%20registrar,requisito%20da%20necessidade%20de%20confiss%C3%A3o>. Acesso em: 22 set. 2020.

SOARES JUNIOR, R.; BORRI, L. A.; BATTINI, L. A. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, MG, v. 5, p. 213-231, dez./maio. 2020.

VECCHI, L. F. O acordo de não persecução penal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal. **Actio**: Revista Estudos Jurídicos Faculdade Maringá, Maringá, PR, v. 1, n. 30, p. 172-190, jan./jun. 2020.

VIANA, G. S. V. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 18, n. 54, p. 347-382, jul./dez. 2019.

EDIÇÃO ESPECIAL

Pandemia

COMO CITAR ESTE ARTIGO

ABNT: PEREIRA, T. M. A. M. A.; ACHA, F. R.; RESGALA JUNIOR, R. M. O pacote anticrime e a justiça negociada: análise sobre o acordo de não persecução penal. **Revista Interdisciplinar do Pensamento Científico**, Itaperuna, v. 06, n. 3, p. 1-27. 2020. DOI: 10.209512446-6778v6n3a21.

AUTOR CORRESPONDENTE

Nome completo: Thayara Maria Alves Machado Antinareli Pereira

e-mail: thayaraantinareli@gmail.com

Nome completo: Fernanda Rosa Acha

e-mail: fernanda.acha@redentor.edu.br

Nome completo: Renato Marcelo Resgala Júnior

e-mail: renatoresgalajr@gmail.com

RECEBIDO

20. 07. 2020.

ACEITO

20. 12. 2020.

PUBLICADO

01. 11. 2021.

TIPO DE DOCUMENTO

Artigo Original