



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL-INSTRUMENTO DE JUSTIÇA PENAL
NEGOCIAL E AS CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS

Ana Thereza Santos Ferreira Lima

Rio de Janeiro
2023

ANA THEREZA SANTOS FERREIRA LIMA

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL- INSTRUMENTO DE JUSTIÇA PENAL
NEGOCIAL E AS CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós- Graduação Lato Sensu da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior
Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2023

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL- INSTRUMENTO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E AS CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS

Ana Thereza Santos Ferreira Lima.

Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Pós-graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada

Resumo— a Lei n. 13.964/19 conhecida por Pacote Anticrime introduziu no Código de Processo Penal o artigo 28-A criando o instrumento negocial penal denominado Acordo de não persecução penal (ANPP). Por meio desse acordo, desde que cumpridos os requisitos exigidos pela lei, o Ministério Público deixa de oferecer denúncia propondo o ANPP, que, uma vez cumprido integralmente, gera a extinção da punibilidade do agente. A partir disso, surgem na prática forense controvérsias que, naturalmente, o legislador não era capaz de prever quando da criação do instituto, restando à jurisprudência refleti-las e solucioná-las. No presente trabalho, aborda-se as referidas controvérsias com a finalidade de demonstrar como os Tribunais Superiores têm se posicionado, de maneira que essas questões não constituam empecilho à efetividade do instrumento negocial, mas que alcance o sentido e a finalidade do instrumento esperada pelo legislador.

Palavras-chave— Direito Processual Penal. Justiça Penal Negocial. Acordo de não persecução penal. Jurisprudência.

Sumário— Introdução.1. A justiça penal negocial e a constitucionalidade do acordo de não persecução penal. 2. Controvérsias jurisprudenciais no âmbito do STF e STJ: aplicação prática do instituto. 3. O requisito da confissão no acordo de não persecução penal – violação do princípio da não autoincriminação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal surgiu por meio da Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime) e integra o rol de instrumentos de Justiça Penal Negocial, ao lado de outros instrumentos, tais quais: a transação penal, prevista na Lei n. 9.099/95 e a colaboração premiada, regulamentada pela Lei n. 12.850/13. Assim como os instrumentos citados, o acordo visa a aplicação da lei penal de maneira mais célere e desburocratizada, isso porque, não haverá processo, já que o Ministério Público não prosseguirá com a persecução, em razão da existência do acordo.

Não obstante o acordo de não persecução penal ter como incentivo o desencarceramento em massa, alguns juristas questionam a sua legalidade e efetividade. Isso porque, visando celeridade e praticidade, o acordo pode causar uma série de violação de garantias e direitos

fundamentais, tal qual a garantia do contraditório e da ampla defesa, e o direito a não autoincriminação, diante da confissão que se exige do investigado para a implementação do instituto.

Nesse sentido, o presente trabalho analisa o acordo de não persecução penal, introduzido pelo artigo 28-A, no Código de Processo Penal e as questões mais relevantes que giram em seu entorno. Trata-se de negócio jurídico celebrado entre o Ministério Público, o investigado e seu defensor, desde que preenchidos alguns requisitos, com a imposição de condições, evitando a persecução penal.

O primeiro capítulo introduz o instituto, define sua natureza jurídica, apresenta seu conceito, bem como requisitos e condições previstos em lei. Além disso, esse capítulo diferencia o acordo de não persecução penal do *plea bargain*, instituto originário no Direito norte-americano e que inspirou a criação do ANPP.

Ato contínuo, o segundo capítulo aborda as controvérsias jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação prática, como a questão intertemporal, com enfoque na modulação dos efeitos do acordo aos fatos pretéritos, além da exigência legal da confissão formal e circunstancial. Nesse momento, o ponto central é entender como os Tribunais Superiores têm interpretado o instituto do ANPP.

No terceiro capítulo se discute a necessidade da exigência do critério subjetivo que é a confissão. Aqui, busca-se demonstrar o resquício do sistema inquisitorial, ainda muito presente na legislação processual penal. Ademais, verifica-se até que ponto o acordo é benéfico ou prejudicial ao investigado.

O objetivo do presente trabalho é analisar a jurisprudência pátria sobre o instituto negocial e discutir a sua efetividade e coerência face a exigência da confissão em contraposição aos direitos e garantias fundamentais preceituadas na Constituição Federal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto aqui se pretende também traçar um quadro comparativo da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência nacional) – para sustentar a tese aqui apresentada.

1. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Diante da complexidade de um mundo globalizado pós-moderno¹, o sistema de justiça penal negocial/ consensual brasileiro traduz uma opção legislativa que se caracteriza como política criminal, visando desburocratizar a aplicação da lei penal, conferindo celeridade à tutela penal, além de desafogar o sistema de justiça criminal².

Esse modelo consensual se desenvolve por meio dos negócios processuais jurídicos penais, que são criados por lei e constituem métodos alternativos ao processo, tais quais: a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95³), a colaboração premiada (art. 3º-A a 7º da Lei n. 12.850/13⁴), a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95⁵) entre outros.

Em se tratando de política criminal, o legislador buscou por meio do acordo de não persecução penal (ANPP), alinhado aos demais instrumentos negociais, uma forma de o Estado exercer o seu *ius puniendi* de forma mais ágil e eficiente.

Em que pese a existência de críticas a esse modelo, a expansão da justiça negocial é uma realidade. Na visão do professor Diogo Malan:

Tal ampliação do modelo negocial de Justiça criminal provavelmente decorre da expansão do Direito Penal, por sua vez resultante de fenômenos característicos da pós-modernidade: globalização econômica e integração supranacional. Uma das principais consequências dessa expansão é o aumento quantitativo de casos submetidos aos sistemas de administração da Justiça criminal, havendo insuficiência de recursos humanos e materiais para solucionar esses casos em prazo razoável. Tal conjuntura gera grande pressão política para a adoção de mecanismos aptos a desafogar esses sistemas, notadamente os princípios da oportunidade e disponibilidade da ação penal condenatória e ritos sumários/simplificados.⁶

Assim, tem-se que o acordo de não persecução penal é uma resposta frente ao crescimento expoente dos processos judiciais criminais somada à incapacidade de o sistema de justiça criminal geri-los com celeridade.

Apesar de sua relevância, o ANPP é questionado pois entende-se que a sua celebração provocaria o desvirtuamento do primado constitucional do devido processo legal (art.5º da

¹ ARAUJO, Juliana Moyzés Nepomuceno. Acordo de não persecução penal: instrumento de concretização do processo penal resolutivo e eficiente. 2021. 53 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Acesso em 12 out. 2022.

² Ibid., p.62-63.

³BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm >. Acesso em: 12 out.2022.

⁴BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm.> Acesso em: 12 out.2022.

⁵BRASIL, *op.cit.*, nota 3.

⁶ MALAN, Diogo. *Advocacia Criminal e a arte da negociação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-21/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-negociacao#_ftn1>. Acesso em 14 out. 2022.

CRFB⁷), já que, para fazer jus ao acordo, o investigado tem de confessar e renunciar ao processo. Ou seja, sem processo, não há contraditório e ampla defesa. É uma faca de dois gumes.

Nas palavras do professor Aury Lopes Jr.:

A justiça negocial viola desde logo esse primeiro pressuposto fundamental, pois o poder de penar não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e vinculado à sua discricionariedade. É a mais completa desvirtuação do juízo contraditório, essencial para a própria existência de processo, e se encaixa melhor com as práticas persuasórias permitidas pelo segredo e nas relações desiguais do sistema inquisitivo. É transformar o processo penal em uma “negociata”, no seu sentido mais depreciativo.⁸

Aliás, o Ministro Rogério Schietti em seu voto no julgamento do Habeas Corpus n. 657165:

essa solução negociada de processos acaba por implicar, de modo positivo, a efetividade de diversos princípios ou vetores processuais (v.g. celeridade, economia, eficiência e proporcionalidade), ainda que com sacrifício de outros (busca da verdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa).⁹

Assim, com a implementação do acordo é bem verdade que, de um lado, haverá uma maior efetividade na aplicação da lei penal e de forma mais branda para os delitos que assim o permitirem, de outro, é suprimido o contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais, além de mitigar a presunção da inocência, vetor do sistema acusatório, consagrado pela Constituição e pelos tratados internacionais, já que o investigado deverá confessar.

Apesar de críticas válidas, o ANPP está inserido no ordenamento jurídico, surgiu no artigo 18 da Resolução 181 de 07 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público¹⁰ (CNMP) que disciplina a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 nov. 2022.

⁸JÚNIOR, Aury Lopes. A Crise Existencial da Justiça Negocial e o que (não) Aprendemos com o Jecrim. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n° 344, p. 04-06, jun., 2021. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8569>>. Acesso em 8 out. 2022

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *HC n. 657165*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1210467406>>. Acesso em 12 out. 2022.

¹⁰BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n° 181*, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, 07 de ago. 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2022

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19¹¹, o chamado Pacote Anticrime, o acordo de não persecução penal foi oficializado pela inserção do artigo 28-A do Código de Processo Penal¹².

O acordo de não persecução penal é inspirado no *plea bargaining*, instituto consensual proveniente do sistema criminal norte-americano. A principal distinção entre eles é que no *plea bargaining* há imposição imediata de uma sanção penal sem o devido processo legal, enquanto no acordo de não persecução penal não há que se falar propriamente em pena, mas em condições impostas, apesar de algumas condições representarem penas restritivas de direito, que uma vez cumpridas gerará a extinção da punibilidade, consoante dispõe o § 13 do artigo 28-A do CPP¹³.

O acordo de não persecução penal é um negócio jurídico pré-processual realizado entre acusação, investigado e defesa. A lei diz que, em não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos, e se mostrar necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, o Ministério Público poderá propor o acordo (art.28-A, *caput*, do CPP)¹⁴.

Nesse ponto, o legislador estabeleceu a palavra “poderá”, da mesma forma que acontece na transação penal¹⁵ surgindo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a discussão a respeito da natureza jurídica do ANPP. A dúvida é se o ANPP seria direito subjetivo do investigado ou faculdade do Ministério Público.

Em 17/05/2021, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no HC n.199.892¹⁶, preceituou que o ANPP não é uma obrigação do Ministério Público, tampouco direito subjetivo do acusado. Veja-se trecho do julgado:

As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.¹⁷

¹¹BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm> Acesso em 07 mar.2023.

¹² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em 10 out. 2022

¹³ *Ibid.*

¹⁴BRASIL. *op.cit.*, nota 12.

¹⁵ BRASIL. *op. cit.*, nota 13.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quinta Turma. *HC n.199.892*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1217181436>> Acesso em 07 mar. 2023.

¹⁷ *Ibid.*

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a importância do acordo como instrumento de política criminal, entretanto, é uma opção do Ministério Público denunciar ou propor acordo, fundamentando qualquer que seja a escolha adotada.

Seguindo a posição do STF, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no RHC nº 161.251¹⁸ afirmou se tratar de faculdade do Ministério Público, e que, portanto, não caberia ao Poder Judiciário obrigar à acusação o oferecimento do ANPP.

No caso desse RHC, o acordo foi recusado porque o órgão ministerial entendeu que não seria suficiente para a reprovação e prevenção do crime, tal qual condiciona o artigo 28-A do CPP¹⁹.

Nesse sentido, Marcos Paulo Dutra Santos²⁰ afirma que se o ANPP fosse analisado como um direito subjetivo do imputado, no caso de ter pedido da defesa, seria permitido que juiz deferisse o acordo, ainda que sem a proposta do Ministério Público.

Por seu turno, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n.º 657165²¹ se posicionou no sentido de que o ANPP constitui poder-dever do Ministério Público e não faculdade, tampouco direito subjetivo do investigado.

Todavia, se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

Aliás, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² explica que os poderes da Administração Pública antes de serem poderes, são deveres, e sendo assim, não pode a Administração Pública não deixar de exercer o poder, sob pena de responsabilidade omissiva. É por isso que no caso de o Ministério Público recusar o oferecimento do ANPP deve fazê-lo fundamentada e motivadamente e não de forma discricionária.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 161.251*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2171347&num_registro=202200554092&data=20220516&formato=PDF> Acesso em 2 nov.2022.

¹⁹ BRASIL. *op.cit.*, nota 9.

²⁰ SANTOS, Marcos Paulo D. *Comentários ao Pacote Anticrime*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p.206-207. Disponível em: Acesso em 8 nov.2022.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 657165*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1210467406>> Acesso em 8 nov.2022.

²² PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.111-112.

Marcos Paulo Dutra²³, aliás, prefere o termo dever-poder “porque o poder dado a um agente público decorre do dever que lhe foi confiado”.

A jurisprudência Superior Tribunal de Justiça possui orientação consolidada no sentido de que os instrumentos negociais penais não representam direito subjetivo do acusado no âmbito da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Veja-se o entendimento proferido no julgamento do AgRg no HC n. 654.617/SP²⁴, nas palavras do Ministro Rogério Schietti:

a proposta de suspensão condicional do processo não se trata de direito subjetivo do réu, mas de poder-dever do titular da ação penal, a quem compete, com exclusividade, sopesar a possibilidade de aplicação do instituto consensual de processo, apresentando fundamentação para tanto. A iniciativa para propor a benesse é do Parquet; não pode, pois, o Judiciário substituir-se a este.

Por fim, como se trata de medida despenalizadora, que beneficia não somente o investigado, mas todo o sistema de justiça criminal, na hipótese de seu oferecimento, em tese, não poderá, o investigado recusar.

Evidente que no caso concreto, a defesa técnica deverá realizar um sopesamento caso verifique o abuso de poder do Ministério Público, de forma a evitar que o acordo de não persecução penal um objeto de barganha, criando assim, espaços não consensuais, mas inquisitoriais e abusivos.

Ademais, no caso de abusividade, o juiz deverá se ater ainda mais no controle de legalidade que a lei determina. Um exemplo de abuso de poder seria o caso de Ministério Público oferecer o acordo a um investigado comprovadamente hipossuficiente impondo a ele condição excessiva, como multas de altíssimo valor.

2. CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DO STF E STJ: APLICAÇÃO PRÁTICA DO INSTITUTO

Tal como a transação penal trouxe diversos questionamentos quando de sua instauração, assim também o acordo de não persecução penal. Uma das controvérsias gira em da retroatividade do acordo de não persecução penal.

Como se sabe, vigora no processo penal o princípio do efeito imediato da norma processual ou *tempus regit actum*, o que significa que o tempo rege o ato, sendo certo que serão plenamente válidos os atos processuais praticados sob a vigência da lei anterior.

²³ SANTOS, op cit., p.207

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 654.617*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1308101270/inteiro-teor-1308101280>> Acesso em: 14 out. 2022.

Assim sendo, as normas de conteúdo processual trazidas pela Lei 13.964/19 possuem aplicação imediata, ainda que em relação aos processos e em curso.

Ocorre que a jurisprudência diverge a respeito da retroação dessa norma. A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça caminhava no sentido de que o oferecimento do ANPP é cabível aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei n.13.964/19, desde que antes do recebimento da denúncia, tendo em vista que o acordo é um instrumento pré processual, além disso, deviam ser considerados válidos aqueles atos que foram praticados de acordo com a lei então vigente. A 6ª Turma chegou a reconhecer (AgRg no HC 575.395/RN²⁵) a retroatividade após o recebimento, desde que ainda não houvesse o trânsito em julgado.²⁶

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a 1ª Turma se filiava à posição do STJ que tinha como termo final até o recebimento da denúncia. Por seu turno, a 2ª Turma no HC 194.677/SP²⁷ chegou aplicar o ANPP em um caso no qual o Ministério Público Federal desclassificou, em sede de alegações finais, a conduta de tráfico para tráfico privilegiado, o que possibilitaria o oferecimento do acordo.

O próprio Ministério Público não estava em consonância. Por um lado, foi criado o Enunciado nº 98 da 2ª Câmara de Coordenação Criminal²⁸ que autoriza o ANPP nos processos em curso, até o trânsito em julgado, e reconhece a preclusão nos casos nos quais a defesa, tendo recusado anteriormente o ANPP, passa a demonstrar interesse no acordo após a sentença.

Por outro lado, no STF, a Procuradoria Geral da República (PGR) já apresentou duas posições: uma no HC 185.913/DF²⁹, no sentido de ser favorável a incidência do ANPP aos processos em andamento, e outra no RHC 209.955/SC³⁰, na qual definiu como marco temporal limitador o recebimento da denúncia.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no HC 575.395/RN*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/930636258>> Acesso em 07 mar.2023.

²⁶ MENDES, Thiago. *A retroatividade do acordo de não persecução penal: uma luz no fim do túnel*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-04/bunning-retroatividade-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 6 mar. 2023

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 194.677/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756751533>> Acesso em 07 mar.2023.

²⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação Criminal. Enunciado nº 98. Brasília, 09 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>>. Acesso em 07 mar. 2023

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 185.913/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-retroatividade-anpp.pdf>> Acesso em 07 mar. 2023.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 209.955/SC*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1347465062/inteiro-teor-1347465063>> Acesso em 07 mar.2023.

Não obstante todas as divergências, é de se ressaltar um importante julgado se deu em setembro de 2022, no HC 206.660 SC³¹, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, admitiu a retroação do ANPP em um caso no qual o processo era anterior à vigência da Lei 13.964/19.

No referido Habeas Corpus, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem, e citou o precedente HC 180421³², admitindo a retroação de norma mais favorável introduzida pelo Pacote Anticrime, em relação à alteração da natureza jurídica da ação penal no crime de estelionato. Essa foi a norma tornou a ação penal que era de ação pública incondicionada para pública condicionada à representação.

Assim, entendeu que o ANPP é aplicável aos processos que se iniciaram antes do Pacote Anticrime, desde que ainda não transitado em julgado e mesmo que não tenha havido a confissão do réu até o momento de sua proposição.

Ou seja, deve-se levar em consideração que a norma que instituiu o ANPP, ao criar uma causa de extinção da punibilidade, é norma penal mista, pois trata de direito processual e direito material, e, por isso, deve observar o artigo 5º, XL da Constituição Federal.³³

O último caso a respeito da retroatividade do ANPP ocorreu no julgamento do HC 217.275, de relatoria do Min. Edson Fachin, na qual ele entendeu o recebimento da denúncia ou mesmo da sentença não esvaziam a finalidade do ANPP. No caso em tela, ele admitiu a possibilidade de ANPP mesmo já tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença, eis que o processo ainda estava em curso quando o pacote anticrime entrou em vigor.

Outra questão trazida ao debate é relativa às frações de causas de aumento e diminuição de pena. Isto é, quando a fração da causa de aumento ou de diminuição a incidir sobre o mínimo da pena em abstrato for variável, deverá ser aplicada a maior ou a menor fração para aferir se o agente faz jus ao ANPP? O parágrafo 1º do artigo 28-A apenas estabeleceu que “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”.

O Conselho Nacional de Procuradores Gerais e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) elaboraram o Enunciado nº 29 que estabelece que “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 206.660 SC*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1656278191/inteiro-teor-1656278192>. Acesso em 23 mar. 2023

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 180421*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1333974616/inteiro-teor-1333974621>> Acesso em 07 mar.2023.

³³ BRASIL. *op.cit.*, nota 7.

já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal”.

Assim, sendo o acordo de não persecução penal um instrumento de justiça consensual, tal qual a suspensão condicional do processo e a transação penal, é natural que súmulas e entendimentos jurisprudenciais dialoguem entre si, sendo aplicada por analogia para sanar as lacunas no ANPP naquilo que não for contrário.

Outra discussão que se apresenta é a existência ou não de remessa ao órgão superior do MP para revisão de eventual recusa ao ANPP ou se trata de ato automático a partir do pedido da defesa?

A jurisprudência entende que não existe um controle judicial quando há recusa do oferecimento do ANPP, ou seja, não é possível que o Poder Judiciário obrigue o Ministério Público oferecer o acordo (HC 194.677³⁴).

E no caso de o Ministério Público se recusar remeter os autos ao órgão superior? A lei estabelece que o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do que dispõe o artigo 28 do CPP³⁵ que se aplica no caso de inquérito policial.

3. O REQUISITO DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O legislador ao introduzir o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro indicou os requisitos necessários para sua implementação. Nesse sentido, é necessário que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática da infração penal. A confissão formal e circunstanciada é aquela segundo o qual o investigado confessa a prática do crime detalhadamente³⁶.

Muito foi discutido acerca desse requisito, levado em consideração a existência do princípio da não autoincriminação/direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII da Constituição Federal que garante ao acusado/investigado o direito de permanecer calado.

Assim surgiu uma compreensão por parte de alguns juristas de que o instituto do ANPP seria, portanto, inconstitucional, sendo certo que a imprescindibilidade da confissão violaria um direito fundamental, qual seja, o direito de não se autoincriminar.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 194.677*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/turma-stf-manda-orgao-superior-mpf.pdf>> Acesso em 07 mar.2023.

³⁵ BRASIL. *op cit.*, nota 12.

³⁶ CARVALHO, Sandro. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 78, out./dez. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf. Acesso em 22 mar.2023

A dúvida que se impõe é: se o Ministério Público já possui indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva para propor a denúncia, e ao revés, em sendo o caso, propõe o ANPP, por que exigir a confissão do investigado? Seria isso um resquício da cultura inquisitiva do processo penal?

Além disso, o investigado e a defesa não detêm um juízo de certeza de que o Ministério Público irá ou não oferecer o acordo, até mesmo porque, como visto, não é um direito subjetivo do investigado.

Ocorre que, pode acontecer de o Ministério Público, mesmo não possuindo os indícios suficientes, oferece o acordo, e o investigado acaba por assumir uma responsabilidade penal da qual talvez não teria, acaso fosse oferecida a denúncia pelo Parquet que viesse a ser rejeitada pelo juiz por falta de justa causa ou mesmo se viesse a ser absolvido.

Diante dos questionamentos, após dois anos do Pacote Anticrime, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou pela primeira vez a respeito da confissão, no julgamento do Habeas Corpus nº 756.907/SP³⁷, de relatoria do Ministro Rogério Schietti:

Se a sentença condenou o paciente por falsidade ideológica e reconheceu a autoria delitiva exclusivamente com lastro em elementos produzidos na fase extrajudicial (depoimentos prestados durante o inquérito policial e ao Promotor de Justiça, além de confissão do celebrante de ANPP), não reproduzidos durante a instrução criminal e não submetidos ao devido contraditório, é de rigor reconhecer a insuficiência do standard probatório que autorizaria a condenação.

Nesse caso, o STJ entendeu que a confissão obtida em sede de ANPP por se tratar de um elemento extrajudicial, não pode por si só embasar um decreto condenatório, pois não tem aptidão probatória suficiente, devendo ser *confrontada com outros elementos que possam confirmá-la ou contraditá-la, durante a instrução criminal*³⁸.

No Habeas Corpus nº 657165/RJ³⁹, a 6ª Turma decidiu que a mera ausência de confissão, durante o inquérito policial, não impede que o Ministério Público analise o oferecimento do acordo. Nas palavras do Ministro Rogério Schietti:

A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o Parquet caso admitisse a prática da conduta apurada

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 756.907/SP*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/assuncao-culpa-anpp-nao-basta-embasar.pdf>. Acesso em 23 mar.2023

³⁸ BRASIL. *op.cit.* nota 40

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 657165/RJ*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100976515&dt_publicacao= Acesso em 20 mar. 2023

Dessa maneira, a orientação foi de que no caso de o investigado não ser informado no curso do inquérito sobre a possibilidade do ANPP, não se pode posteriormente obstar o oferecimento do acordo alegando ausência de confissão, especialmente se o investigado não sabia e estava desacompanhado de sua defesa técnica.

Recentemente, a 6ª Turma do STJ no julgamento do AgRg no HC 762049/PR⁴⁰ entendeu-se que no caso de ser proposto o acordo após o oferecimento e recebimento da denúncia, em se tratando de um poder-dever do MP, configurados os pressupostos processuais legais para propositura do acordo, constitui nulidade absoluta o não oferecimento tempestivo do acordo desacompanhado de motivação idônea.

No julgamento do REsp 2.016.905, a 5ª Turma do STJ orientou no sentido de que a mudança do quadro fático em sede de apelação autoriza a propositura do ANPP, e até mesmo se houver eventual desclassificação por meio de *emendatio* ou *mutatio libelli* na qual passa ser cabível o instituto negocial.

Ou seja, se por exemplo a pessoa é condenada em 1º grau, e em sede de apelação, a defesa consegue obter a redução da pena que passa a se enquadrar na possibilidade de ANPP, deverá o juiz converter a ação em diligência para que o Ministério Público ofereça o acordo, preenchidos os demais requisitos. Assim entendeu a referida Turma.

Assim, percebe-se que o acordo de não persecução penal trouxe diversos questionamentos dos quais a jurisprudência vem certamente analisando e orientando, sendo certo ainda, que tal como o Direito é dinâmico, com muito mais razão o é o Direito Processual Penal, tangenciador de um dos bens jurídicos mais caro, qual seja, a liberdade.

O acordo de não persecução penal veio com a finalidade precípua de otimizar o sistema de justiça criminal, que, devido ao exacerbado número de processos, pedidos de prisão, habeas corpus, por vezes deixa de ter um olhar mais cuidadoso e pragmático para aqueles que cometem crimes de médio potencial ofensivo e, que, portanto, não merecem uma alta reprimenda.

CONCLUSÃO

Por tudo o que se expõe, o presente trabalho visou abordar as principais e atuais controvérsias práticas e jurisprudências acerca do acordo de não persecução penal, além de evidenciar que o tema não é simples haja vista as diversas discussões a respeito.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 762049/PR*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202454162&dt_publicacao Acesso em 23 mar.2023

Demonstrou-se que a justiça penal negocial é uma forma alternativa de solucionar o conflito penal, verificando que, não obstante se tratar de um instrumento de justiça negocial penal como outros previstos no ordenamento jurídico brasileiro, a exigência da confissão para implementação do acordo é algo provoca discussões tendo em vista que o atual sistema processual é o acusatório e não o inquisitorial como no passado.

Analisou-se a forte polêmica a respeito da natureza jurídica do ANPP, sendo certo que os tribunais superiores têm se encaminhado para o entendimento de que não se trata de um direito subjetivo do investigado, mas sim, poder dever da acusação, que oferecerá caso estejam cumpridos os requisitos exigidos pela lei, e fundamentará as hipóteses de não oferecimento.

A questão da irretroatividade é norteadada pela ideia central da norma mais benéfica que deverá ser aplicada ao investigado. Assim, há orientação de que, é cabível a retroação da norma regente do acordo de não persecução penal ainda que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Se por um lado o modelo de justiça gera uma flexibilização de direitos fundamentais, tal qual o direito ao silêncio e ao devido processo legal, por outro lado evita a desburocratização da aplicação da lei penal, o encarceramento em massa, o punitivismo exacerbado de modo a conferir celeridade à tutela penal e desafogar o sistema de justiça criminal.

Assim, tem-se que o acordo de não persecução penal é uma resposta legislativa frente ao crescimento exponencial dos processos judiciais criminais, pedidos de habeas corpus, tantas vezes a prisão desnecessária, além de possuir a finalidade precípua de otimizar, ter um olhar mais pragmático e ao mesmo tempo proporcional, não perdendo de vista entre diversas finalidades, a sancionadora e retributiva do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Juliana Moyzés Nepomuceno. *Acordo de não persecução penal: instrumento de concretização do processo penal resolutivo e eficiente*. 2021. 53 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Acesso em 12 out. 2022.

ASSUMPCÃO, Vinícius. *Pacote Anticrime - comentários à Lei n. 13.964/2019*. São Paulo. Editora Saraiva, 2020. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591514/>. Acesso em 15 mar.2023

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. > Acesso em 15 mar. 2023

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução 181*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>. > Acesso em 20 abr. 2023

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2023

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 abr.2023

CARVALHO, Sandro. *Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 78, out./dez. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf. Acesso em 22 mar.2023

CREPALDI, Thiago. *MP-SP atinge a marca de 20 mil acordos de não persecução penal celebrados*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-abr-11/mp-sp-atinge-marca-20-mil-acordos-nao-persecucao-penal>. > Acesso em: 10 abr. 2023

LOPES, JR., Aury. *A Crise Existencial da Justiça Negocial e o que (não) Aprendemos com o Jecrim*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 344, p. 04-06, jun., 2021. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8569>>. Acesso em 8 out. 2022

LOPES JR., Aury.; JOSITA, Higyna. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicasacordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 5 abr.2023

HÍGIDIO, José. *STF anula trânsito em julgado que impediu condenado de firmar ANPP*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-24/stf-anula-transito-julgado-impediucondenado-firmar-anpp>. Acesso em: 2 abr. 2023

_____. *Lei n 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 2 abr. 2023

_____. *Lei n 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 2 maio 2023.

MALAN, Diogo. *Advocacia Criminal e a arte da negociação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-21/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-negociacao#_ftn1>. Acesso em: 14 abr. 2023.

MENDES, Thiago. *A retroatividade do acordo de não persecução penal: uma luz no fim do túnel*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-04/bunning-retroatividade-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 6 mar. 2023

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.111-112. Acesso em: 10 maio 2023

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao Pacote AntiCrime*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>. Acesso em 2 maio 2023

VITAL, Danilo. *STJ: MP não pode exigir confissão imediata aos policiais para oferecer ANPP*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-12/mp-nao-exigir-confissao-imediataoferecer-anpp-stj>. Acesso em: 20 abr. 2023