

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL: UMA ANÁLISE DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E DA POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS PROCESSUAIS

Paloma Lopes da Silva¹

RESUMO: esse trabalho tem por objetivo analisar as soluções alternativas no Processo Penal Brasileiro, em busca de maior celeridade na resolução de casos menos graves, mais precisamente a Lei nº 13.964/19 que introduziu no Código de Processo Penal o artigo 28-A que abriu possibilidade para que o Ministério Público proponha ao investigado o chamado “Acordo de não Persecução Penal” além de solucionar o problema do vício de constitucionalidade formal da antiga resolução 181/2017 posteriormente alterada pela resolução 183/2018 do CNMP- Conselho Nacional do Ministério Público. Nesse sentido, surge a discussão acerca da flexibilização das garantias processuais e da necessidade de se pensar em soluções capazes de trazer eficiência ao processo penal sem, contudo, passar por cima de garantias e direitos fundamentais.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal, ampliação dos espaços de consenso no processo penal, sistema acusatório, garantias processuais.

ABSTRACT: this work aims to analyze the alternative solutions in the Brazilian Criminal Process, searching for faster answers on less serious cases, more precisely Law nº 13.964 / 19 which introduced in the Code of Criminal Procedure the article 28-A which allows the public Prosecutors Proposes to the investigated the so-called “Non-Criminal Persecution Agreement” in addition to solving the problem of the formal constitutionality defect of the former resolution 181/2017, later amended by resolution 183/2018 of the CNMP- National Council of the Public Ministry. So, there is a discussion about the flexibility of procedural guarantees, however, they must be not relaxed, but respected. So, there is a discussion about the flexibility of procedural guarantees and the necessity of thinking in solutions capable in being efficient to Criminal Procedure, without however, going over guarantees and fundamental rights.

Keywords: non-criminal persecution agreement, consensual justice, accusatory system.

1. INTRODUÇÃO

A controvertida Lei nº 13.964/19, o chamado “Pacote Anticrime” lançado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, no que diz respeito aos espaços de consenso no Processo Penal Brasileiro, não trouxe exatamente uma novidade: o consenso em matéria processual penal já se faz presente no ordenamento jurídico pátrio desde a Lei nº 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais- que, além de prever a figura da transação penal- artigo 76²- previu também a suspensão condicional do processo- artigo 89³, ambos mecanismos de consenso, sendo que a

¹ Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Unifacs E-mail: palomalopes2918@gmail.com

² 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.

³ 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,

transação ocorre antes do oferecimento da denúncia, isto é, em fase preliminar. Já a suspensão condicional do processo ocorre após o oferecimento da denúncia, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, devendo estar presentes os demais requisitos previstos no artigo 77, do Código Penal, quais sejam: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44, ou seja, não seja indicada pena restritiva de direitos, que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Nesse sentido, ainda há de se mencionar a figura da colaboração premiada- Lei nº 12.850/13- que ganhou bastante destaque nos últimos anos com a midiática “Operação Lava Jato” e seus desdobramentos, baseados quase que exclusivamente neste mecanismo de consenso.

Diante do exposto, há de se perceber que através da descrição dos três institutos acima reportados, marcantes já eram as expressões dos espaços de consenso no processo penal brasileiro e, em certo ponto, da justiça penal negocial, ressalta-se sua essência comum: a aceitação do acusado a cumprir obrigações, não raro, com a renúncia à possibilidade de defesa e à sua posição de resistência característica no processo em troca de suposto benefício

No entanto, para muitos, a ampliação de espaços de consenso no processo penal desencadeará em uma maior eficiência à persecução penal, desafogando a assoberbada máquina estatal e se consubstanciando em um valioso instrumento no combate à corrupção e à impunidade, dizem. Além disso, tal mecanismo estaria em harmonia com o atual estágio da máquina judiciária brasileira na qual já se reconhece a sua incapacidade para dirimir conflitos de forma tempestiva e satisfatória indo de encontro ao disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII⁴ da Constituição Federal de 1988 que garante a duração razoável do processo.

Ainda nessa linha, há argumentos no sentido de que os acordos realizados, por óbvio, ao evitarem a ação penal- mitigação ao princípio da obrigatoriedade, de acordo com a doutrina majoritária- trarão sempre um benefício para aquele que está colocado na posição de réu, uma vez que, a realização do acordo, evita eventual sentença condenatória e todos os conhecidos problemas inerentes ao cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil.

A realidade das coisas, conforme já adiantado acima, não se mostra sempre concorde com os discursos propagados pelos defensores do eficientismo penal puro e simples e pela possibilidade de negociação processual, muitas vezes de clara inspiração no Direito Processual Civil, principalmente a partir da introdução de uma cláusula geral de negociação processual- artigo 190 no CPC/15- cristalizando a insuficiência da resposta estatal ao complexo fenômeno delitivo.

Como se pode inferir da leitura do artigo 190 do CPC/15⁵, que estabelece as bases para negociação no âmbito do direito privado, os direitos ali transacionados devem admitir a autocomposição e as partes, obrigatoriamente, devem estar em igualdade de condições, o que dificilmente ocorrerá na seara do processo penal quando uma das partes é o próprio Estado representado pelo Ministério Público.

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

⁴ Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁵ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Na verdade, a promulgação do CPC/15 introduziu um novo modelo processual ao ordenamento jurídico pátrio no qual se estimula o consenso. Em verdade, o § 2º do artigo 3º⁶ do CPC, diz que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; o § 3º⁷ aduz que a conciliação, a mediação e os demais métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso de processo judicial.

Obviamente, se utilizar das bases do direito privado no direito e no processo penal, sem realizar qualquer tipo de ponderação, é sempre um grave risco: enquanto no primeiro o objetivo final é, quase sempre, uma indenização para o segundo faz-se necessário compreender que o processo penal tem como função primordial a proteção do cidadão perante a violência estatal, que, conquanto tenha a tarefa de processar, julgar e eventualmente aplicar uma sanção àqueles que cometeram infrações penais, não pode se transformar em arbítrio e puro exercício do poderio do Estado em face ao cidadão.

Como se sabe, no processo penal forma é garantia⁸, ou seja, o direito ao contraditório, à ampla defesa, à participação efetiva no processo, visam impedir a incriminação de inocentes, mesmo que para tanto se tenha de admitir a liberdade de culpados.

Nessa esteira, alguns já apontam para um “direito processual penal contratual”, seguindo a lógica de um mero negócio jurídico, no qual o mais preparado defensor não será aquele que melhor conhece as regras do processo penal, mas sim o mais habilidoso em negociações contratuais, afinal, as regras e princípios aplicados seriam aquelas que regem os contratos, a exemplo do *pacta sunt servanda*, ou as regras e princípios que regem o direito processual penal? O que se nota com a crescente expansão da chamada “justiça penal contratual” é justamente a possibilidade de enfraquecimento da presunção de inocência e, sobretudo, na distribuição do ônus da prova, uma vez que o acusado, muitas vezes por receio de uma possível ação penal e suas conhecidas consequências, poderá vir a assumir a autoria de infração penal através de uma “confissão circunstanciada” buscando livrar-se das mazelas de uma sentença condenatória. Essa posição é bastante confortável para o Estado que ditará as regras em um verdadeiro contrato de adesão e ainda se livra do ônus de provar aquilo o que acusa.

Crítica pontual realizada por aqueles que são declaradamente contrários aos espaços de consenso no processo penal, é a lógica de que para a sociedade atual sempre haverá um preço de mercado, um valor econômico ou uma troca de favores, sendo tudo isso fruto do modelo de Estado neoliberal que privilegia a produção e o lucro, em detrimento do desenvolvimento integral do ser humano. Sendo assim, para o processo penal jamais haveria a opção de se adotar tal modelo, uma vez que a adoção das regras da oferta e da demanda, e da implantação, no âmbito do direito criminal, das leis de mercado, do uso de institutos do direito privado sob um prisma paradigmático neoliberal levaria ao esfacelamento de direitos fundamentais e da própria dignidade da pessoa humana, pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse cenário, seria possível se aplicar determinados institutos do direito privado ao direito e processo penal, por exemplo, a novação- típico instituto do direito das obrigações- que consiste na criação de uma nova obrigação, substituindo e extinguindo a anterior e originária, em casos de descumprimento do acordo? Seria possível essa simples transposição sem o respeito às particularidades inerentes ao direito processual penal? Sem a realização desse filtro e tentativa de compatibilização entre esses dois ramos do direito? E se assim o fosse, apenas e tão somente o Estado, através do Ministério Público, que teria legitimidade para ditar as regras desse novo acordo substitutivo ao primeiro? As regras a serem seguidas seriam as dispostas no

⁶ § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

⁷ § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁸ Aury Lopes Júnior explica que no processo penal forma é garantia. Forma é limite de poder, pois o processo penal é um ritual de exercício de poder e todo poder tende a ser autoritário.

Código Civil ou as regras e princípios do direito e processo penal, ou seja, se não houver por parte do acusado ânimo de novar, conforme nos ensina a doutrina civilista, se iria de modo automático proceder a denúncia? São questões que, como se nota, ainda não foram completamente esclarecidas, evidenciam uma urgente necessidade de compatibilização entre os dois ramos do Direito, e que, não havendo, pode implicar em não observância de garantias para o investigado, o que compromete e muito qualquer experiência ou tentativa de um processo penal democrático.

Outra problemática apresentada pelo então “Pacote Anticrime” foi a tentativa de importação do “*plea bargaining*”, verdadeira barganha processual, do sistema de justiça norte-americano através da introdução no Código de Processo Penal pátrio do artigo 395-A⁹ felizmente vetado. Tal instituto, com origem nos países de sistema *common law*, vem sofrendo críticas ferrenhas da doutrina especializada, pois se entende que o instituto suprime direitos fundamentais do acusado, uma vez que ao aceitar o acordo o réu abre mão de garantias referentes ao julgamento, como o julgamento por um júri imparcial e o direito de não se autoincriminar.

Contudo, é preciso compreender que nosso sistema jurídico- *civil law*- impõe limites que não permitem a incorporação de uma negociação tão ampla e ilimitada tal como ocorre nos países do *common law*, notadamente nos Estados Unidos, com a imposição de penas privativas de liberdade sem que tenha havido o devido processo legal, muito menos a possibilidade de simples transposição de institutos do direito processual civil sem a realização de um filtro para a seara do direito penal, sob o risco de se malferir os mais caros princípios que devem nortear um Estado Democrático de Direito.

No entanto, seguindo a linha que será aqui adotada, a ampliação dos espaços de consenso é uma tendência definitiva e necessária, diante do elevado grau de congestionamento da Justiça em todas as suas dimensões. Para se ter uma ideia, pode-se usar como exemplo o grau de congestionamento do sistema judiciário nacional que, de acordo com relatório “Justiça em números” ano base 2020, do CNJ, em 2019, era de 68,5%.¹⁰

Diante de tais considerações, é inegável a necessidade de uma ferramenta hábil o suficiente para garantir soluções justas e também em um tempo considerado razoável para todas as partes envolvidas.

2. O NOVO ARTIGO 28-A DO CPP: uma alternativa para desafogar a máquina judiciária estatal

O acordo de não persecução penal surgiu, no Brasil, por iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP- através da Resolução nº 181¹¹, de 07 de agosto de 2017, posteriormente alterada pela resolução 183, de 24 de janeiro de 2018.

Com a introdução do artigo 28-A no CPP através da Lei nº 13.964/19 resolveu-se o problema do vício de inconstitucionalidade formal do então artigo 18 da resolução do CNMP, não subsistindo mais dúvidas pois o acordo de não persecução penal- ANPP- passou a integrar efetivamente o ordenamento jurídico brasileiro, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e ampliando sobremaneira as hipóteses em que o investigado- antes do oferecimento da denúncia- pode celebrar acordo com o Ministério Público.

⁹ Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

¹⁰ Justiça em Números 2020- ano base 2019 / Conselho Nacional de Justiça- Brasília: CNJ, 2017, págs 2 e 3. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 05.02.2021.

¹¹ Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Estabelece o Diploma Legislativo referido, que o acordo pode ser assinado com réus primários, só quando o crime previr pena inferior a quatro anos e desde que não envolva violência ou grave ameaça. Aquele que assinar o acordo fica sujeito a devolver o produto do crime às vítimas, prestar serviço comunitário, pagar multa ou “cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo MP, desde que proporcional com a infração penal cometida”.

Outra premissa básica sobre a qual se fundamenta o acordo, é a inviabilidade do arquivamento da investigação, isto é, devem existir indícios mínimos de autoria e materialidade aptos a ensejar ação penal, bem como estarem ausentes causas de atipicidade ou excludentes de ilicitude e culpabilidade, ou seja, não havendo justa causa para a ação penal, o arquivamento é medida que se impõe.

O acordo deve sempre ser homologado pela Justiça- o que não constava na resolução do CNMP- e não pode beneficiar reincidentes nem quem já tiver assinado termos parecidos nos últimos cinco anos. O acordo também depende de o réu confessar o crime “formal e circunstanciadamente” e não se aplica aos casos da Lei nº 9.099/95.

Sendo assim, o acordo de não persecução penal, agora incluído no ordenamento jurídico pátrio se conforma em um novo instituto do direito penal negocial, que amplia profundamente as possibilidades anteriormente existentes de realização de acordo com as autoridades públicas - notadamente o Ministério Público- antes de haver acusação formal quanto à prática de crimes, ressaltando-se finalmente, que o acordo será proposto desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

De mais a mais, pontua-se a imprecisão técnica do termo “criminoso habitual” utilizada pelo legislador; no entanto, em que pese a imprecisão técnica, é sabido que em um Estado Democrático de Direito, inquéritos policiais em andamento e ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, para se justificar uma “habitualidade criminosa”, razão pela qual eventual recusa ministerial com base nesse aspecto subjetivo não encontrará respaldo legal.

Apesar de o acordo de não persecução penal representar um avanço, do ponto de vista aqui defendido, principalmente para aqueles casos nos quais a pena privativa de liberdade aplicada se converteria na aplicação de penas restritivas de direito e da necessidade de homologação judicial, o último inciso do artigo 28-A torna o seu rol exemplificativo permitindo que ao Ministério Público seja possível propor outra condição, ainda que em tese proporcional e compatível com a infração penal praticada; tal previsão, todavia, pode abrir margem a futuras arbitrariedades com esse “superpoder” nas mãos do Ministério Público, com alto grau de discricionariedade, uma vez que admite expressamente a estipulação de obrigações não previstas no referido artigo, de acordo com as pertinentes críticas já realizadas fundamentalmente a partir da possibilidade de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas no que John Langbein ¹²aponta, em tom crítico “quando o promotor induz o investigado criminalmente a confessar sua culpa e a renunciar ao seu direito a um julgamento em troca de uma sanção penal mais branda do que poderia ser imposta se este fosse julgado culpado ao fim do processo”

Outro aspecto digno de nota contido na Lei é a previsão do §2º do art. 28-A, que dispõe sobre as hipóteses nas quais não será cabível o acordo de não persecução penal: caso seja cabível transação penal; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; se o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração pelo acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar ou praticados contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

¹² LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978. p. 8 (tradução livre).

Quanto ao procedimento do ANPP, o dispositivo em destaque prevê que será formalizado por escrito e será realizado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor, em claro respeito aos consagrados princípios da ampla defesa, do contraditório, publicidade. Após a formalização, será marcada audiência para homologação, em que o magistrado ouvirá o investigado na presença de seu advogado para aferir a voluntariedade e legalidade, ou seja, a baliza objetiva para se aferir a voluntariedade é justamente a audiência. No que diz respeito à legalidade, o legislador não estipulou critério de mensuração, o que faz presumir que o juízo deve restringir-se à verificação da natureza do delito, pena cominada, perfil do investigado e adequação do acordo às condições previstas nos incisos I a V do *caput* do art. 28-A, a fim de que não seja criado ambiente de insegurança jurídica. Conclusivamente, em face da decisão que recusar a homologação, frisa-se, caberá recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XXV¹³, do Código de Processo Penal.

Com a homologação do acordo de não persecução penal, ressalta-se, sua celebração e cumprimento não constarão em certidão de antecedentes criminais, salvo para obstar idêntico benefício no prazo de cinco anos.

Por fim, vale destacar a previsão contida no parágrafo quinto do artigo 28-A: “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.” Notadamente previsão dessa natureza encontra-se em flagrante desarmonia com aquilo que se entende por Sistema Acusatório no qual o juiz não deve se imiscuir nas atividades do Ministério Público, restringindo-se a homologar ou não homologar o acordo, mas jamais fazendo uma análise dos termos desse.

Na hipótese de o investigado descumprir quaisquer das condições estipuladas, a lei dispõe que o Ministério Público deverá comunicar ao Juízo para fins de rescisão e posterior oferecimento de denúncia. Em mais um aspecto digno de destaque, a Lei enuncia que a vítima será intimada tanto da homologação do acordo quanto de seu eventual descumprimento.

Face as explicações acima realizadas, surge um importante questionamento: diante de uma possível revogação do acordo, por culpa exclusiva do investigado, se poderia impedir o uso da sua confissão formal e circunstanciada, realizada perante um representante do Ministério Público e seu defensor e homologada em juízo, para fins de comprovação da autoria delitiva no curso de uma futura ação penal proposta ante ao princípio da não autoincriminação?

Ora, conforme se sabe não existem direitos absolutos, nem mesmo no processo e no direito penal, no entanto, tratando-se da liberdade humana, há que se entender que qualquer restrição precisa estar prevista em uma lei adequada à constitucionalidade, não eliminando por completo o direito tutelado mediante pena de se atingir os mais caros princípios que devem nortear as decisões em um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, observa-se que determinados aspectos do ANPP ainda não foram totalmente esclarecidos, seja pelo legislador, seja pela doutrina especializada, o que deve ter em mente, todavia, é que o ANPP deve ser um instituto usado a favor da defesa e do investigado e não em seu prejuízo, pois caso ocorra de modo diferente não existe razão para a sua existência no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o processo penal já poderia dar conta de solucionar todo e qualquer conflito, o que, de fato, para aqueles que labutam nesta seara no dia a dia da prática jurídica está longe de ocorrer.

Diante do exposto, e tendo em vista as necessárias críticas aqui realizadas, é o acordo de não persecução penal- ANPP- uma das opções de estratégia de defesa, que deverá sempre analisar com cautela os benefícios que este poderá gerar ao investigado por parte dos

¹³ Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal.

defensores atuantes, sob o risco de a banalização do instituto custar a sua própria credibilidade, havendo, para tanto, a necessidade de um controle judicial rígido dos acordos firmados, e em caso de se verificar abusividade ou inadequação, os autos deverão ser devolvidos ao Ministério Público não sendo homologada a avença se tais vícios persistirem.

Nesse ponto, há que se falar sobre a retroatividade e o cabimento do ANPP assunto de extrema divergência no Superior Tribunal de Justiça, podendo ser verificado no HC 185 913/DF, tendo, inclusive, o Ministro Gilmar Mendes entendido por remetê-lo ao Plenário do Supremo Tribunal Federal- STF.

No STJ, a Quinta Turma entende que o ANPP alcança processos em curso, mas somente até o recebimento da denúncia. Já a Sexta Turma compreende que o ANPP atinge processos em curso até o trânsito em julgado da condenação.

Nesse sentido, fica claro que o debate reside em saber até que fase do processo penal a retroatividade deve incidir.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, o acordo de não persecução penal poderá ser celebrado inclusive para fatos ocorridos em momento anterior, desde que a peça acusatória ainda não tenha sido recebida pelo magistrado.

Ao que se nota, tal posição não é a que melhor se alinha a intenção do legislador ao criar o instituto do ANPP, uma vez que este foi pensado em benefício do investigado/acusado, devendo prevalecer o entendimento adotado pela Sexta Turma do STJ, visivelmente mais favorável. A solução, no entanto, encontra-se pendente de julgamento pelo Plenário do STF.

Finalmente, é o acordo de não persecução penal uma alternativa viável para a redução da sobrecarregada máquina judiciária brasileira, desde que respeitados os princípios e garantias processuais penais já aqui explicitados e, ainda que inúmeras críticas sejam passíveis de serem apontadas, por exemplo, um possível acúmulo de processos nas já superlotadas varas de execução penal, pois tendo sido homologado o acordo, caberá ao Ministério Público proceder à execução deste perante o juízo da execução penal, é inegável que, de agora em diante, o acordo de não persecução penal –ANPP- passa a integrar efetivamente o rol de estratégias defensivas, como já dito, apresentando-se como instrumento despenalizador legítimo, que deve ser utilizado com a devida cautela pelos operadores do direito, de modo a resultar, invariavelmente, em situação mais favorável ao investigado.

3. CONCLUSÃO

É cristalino que o processo penal não pode correr o risco de se tornar um *locus* onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado.

Em tal cenário, possibilitar-se-ia a adoção das regras da oferta e da demanda, e da implantação, também no âmbito do direito criminal, das leis de mercado, sob um prisma paradigmático neoliberal, que jamais se adequará ao direito e processo penal devido à própria natureza do bem aqui em jogo: a liberdade humana, liberdade esta que não é e nunca será passível de barganha tal qual deseja a lógica mercadológica.

Do próprio conceito do ANPP já se consegue identificar sua relação com o Direito dos Contratos, pois é definido como “um ajuste obrigacional entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.”

De antemão, como aqui já reportado, faz-se necessário frisar que o ANPP, em razão de seus requisitos, abarcará uma grande quantidade de infrações penais, principalmente, em decorrência de ser possível sua aplicação para crimes com pena mínima inferior a 04 (quatro)

anos, o que demonstra a adoção pelo legislador de uma política criminal voltada, precipuamente, para a consensualidade do que para o encarceramento.

Nesse passo, o Ministério Público atuando tanto na condição de órgão acusador e também de fiscal da lei, estabelece os termos necessários e suficientes para a reprovação e a prevenção do crime, resguardando, desta forma, os interesses do Estado e da vítima. De outro giro, o investigado ao concordar com as condições apresentadas pelo *Parquet* será beneficiado com uma reprimenda mais branda do que aquela que seria estabelecida em uma sentença penal condenatória

O que aparentemente de uma simples leitura poderia se conformar em um super poder nas mãos do Ministério Público frente à fragilidade e incerteza do investigado no processo penal, se mostra, em verdade, como uma eficiente ferramenta contra o encarceramento em massa que assola o sistema de justiça pátrio.

Além disso, as finalidades inerentes à aplicação das penas e a própria execução penal poderão ser atendidas com o Acordo de Não Persecução Penal, considerando que seus objetivos são a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial, evidentemente, caso este seja aplicado de forma escoreita pelos órgãos responsável pela persecução penal.

Como sabido, aqui a diferença entre o remédio e o veneno, não raras vezes, está somente na dosagem. À Justiça negocial se aplica essa metáfora: se bem empregada e instrumentalizada na dose adequada, pode salvar o sistema de Justiça tão congestionado; todavia, se abusamos dela, corre-se o risco de matamos o processo penal brasileiro, no entanto, para isso a negociação precisa ser adotada com prudência, critérios e limites de pena a ser negociada.

Logo, apesar das críticas e ponderações aqui realizadas e da consciência de que o processo penal não deve ser pautado pura e simplesmente por uma tirania da urgência e da aceleração, é nítido que os objetivos do acordo de não-persecução penal são reconhecidamente adequados à realidade brasileira e com a realização de um controle adequado se mitiga o risco dos abusos que eventualmente poderiam ser cometidos, seja o de ceder a essa criticada lógica de mercado neoliberal, seja o abuso na escolha das condições a serem cumpridas pelo investigado determinadas pelo membro do Ministério Público.

O ANPP, desse modo, deve ser encarado tanto como um instrumento que beneficiará o Estado, o investigado e a própria sociedade. O Estado à medida em que se conforma em um valioso instrumento para a redução dos números de processos cujas penas cominadas em abstrato sejam de até 04 (quatro) anos, ajudando diretamente a “desafogar” o Estado em relação a este tipo de processo, que, como se sabe, amontoam o nosso sistema de justiça criminal. Ao investigado que terá a chance de “acertar suas contas” com o Estado e a própria sociedade sem passar pelo sofrimento deflagrado pelo processo penal e, por fim, a própria sociedade que verá seus anseios de justiça ser mais rapidamente atendidos através deste valioso instrumento.

Nesse sentido, ainda se pode questionar até onde poderá ir a defesa face à recente decisão do ministro Felix Fischer do STJ ao rejeitar *habeas corpus* 619.751 impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em que se pleiteava a aplicação do princípio da insignificância em caso no qual fora anteriormente celebrado ANPP, ou seja, teria sido maculado o princípio da boa fé objetiva enquanto princípio geral do direito, ou, no caso, poderá o Ministério Público continuar, depois de assinado o acordo, continuar com as investigações?

Ainda assim, espera-se, sinceramente, que os acordos de não persecução penal celebrados sejam capazes de produzir bons frutos se mostrando um meio adequado para atingir o que dele se espera: o descongestionamento da máquina judiciária estatal com redução de sua conhecida burocracia e a diminuição da seletividade e vulnerabilidade do sistema penal ao menos para os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos.

Aqui se reconhece que a cultura jurídica do consenso ainda se mostra incipiente no processo penal, sendo a expansão dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, ou da chamada “justiça multiportas”, indica o fortalecimento da justiça penal negocial no Brasil, que promete- ao menos em tese-desafogar o judiciário e aprimorar o sistema punitivo brasileiro. Em síntese, pretende-se a quebra da dualidade da função da pena, cuja notável vantagem é a inclusão da reparação do dano como uma nova possibilidade.

Por fim, se compreende que a mudança de paradigma- do conflito para o consenso- traz consigo novos horizontes: da pena de prisão se passa para as penas alternativas; da espera do trânsito em julgado final -que demora anos- passa-se para o cumprimento imediato das sanções; do escopo puramente prisional passa-se para o reparatório -mais vale a reparação dos danos que uma possível e improvável pena privativa de liberdade; das medidas cautelares pessoais passa-se a dar prioridade para as medidas cautelares reais- apreensão de bens, indisponibilidade de bens.

Não obstante, desde que com condições regradas ao Ministério Público, estabelecendo limites nas negociações, garantindo a presença de magistrado e defensor para celebração desses acordos, acredita-se que as negociações no Direito Penal tendem a reduzir a morosidade do judiciário, garantindo maior eficácia jurisdicional. Dessa forma, o novo rito consagrado pela Lei nº 13.964/19, mesmo que alguns pontos ainda sejam passíveis de ajustes, parece providencial e de extrema necessidade diante do inchaço dos nossos tribunais.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral- 23. ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil- Volume Único- 3. ed. Ver, atual e ampl.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- LOPES, Jr. Aury. Direito Processual Penal- 12. ed – São Paulo: Saraiva, 2015.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019- artigo por artigo-Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- SOUZA, Andressa Cecon Bidutti. Acordo de Não Persecução Penal: Noções Gerais e Constitucionalidade. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-nocoos-gerais-e-constitucionalidade/>. Acesso em 24 fev.2020
- SILVA, Douglas Rodrigues da. O problema da (in) justiça criminal negocial. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/injustica-criminal-negocial/> Acesso em 24 fev.2020.
- GARCIA, Emerson. O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. Disponível em:<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-brevessreflexoes.html> Acesso em 24.02.2020 Acesso em 24 fev.2020.
- LOPES, Jr Aury. A adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimere remedio-ou-veneno> Acesso em 24 fev.2020.
- GOMES, Luiz Flávio. Consenso: essa é a saída para a justiça criminal brasileira. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/consenso-essa-e-a-saida-para-a-justica-criminal-brasileira/4057#:~:text=Porque%20o%20consenso%2C%20fundado%20na,banida%20do%20%C3%A2mbito%20do%20consenso.> 26 jun.2020.
- GIOCOMOLLI, José Nereu; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de

consenso no processo penal. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/8392-22739-1-SM.pdf>. Acesso em 26 jun.2020.

OLIVEIRA, Marlus H. Arns de; MICHELOTTO, Mariana. Acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318761/acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em 27 jun.2020.

CANÁRIO, Pedro. Lei do “pacote anticrime” cria acordo de não persecução para crimes sem violência. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-pacote-anticrime-cria-acordo-nao-persecucao-penal#:~:text=A%20previs%C3%A3o%20est%C3%A1%20na%20nova,do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Penal.&text=O%20acordo%20tamb%C3%A9m%20depende%20de,compet%C3%A2ncia%20dos%20juizados%20especiais%20criminais.> Acesso em 27 jun.2020.

BARBOSA, Ana Cássia. O “novo” acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em 27 jun.2020.

MARQUES, Murilo. Os perigos da plea bargain no Brasil. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643/os-perigos-da-plea-bargain-no-brasil>. Acesso em 27 jun.2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CUNHA, Rogério Sanches da. O Acordo de não persecução penal retroage para alcançar os processos em curso? E até qual momento essa retroatividade deve incidir? Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/10/21/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-retroage-para-alcancar-os-processos-em-curso-e-ate-qual-momento-essa-retroatividade-deve-incidir/>. Acesso: 13.dez.2020.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, 05 ago. 2013.

REBELLO, Diogo Toscana de Oliveira e Matos, Fábio Barros de. Aspectos legais e práticos do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/matos-rebello-aspectos-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso: 13. dez.2020.

RODRIGUES, Rodrigo Alves. Principais Aspectos do Acordo de Não Persecução Penal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/principais-aspectos-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em 13.dez.2020.

Justiça em Números 2020- ano base 2019 / Conselho Nacional de Justiça- Brasília: CNJ, 2017, págs 2 e 3. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 05.02.2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, 24 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, 27 set. 1995.