

# OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO E O COMPORTAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

## *NON-PERSECUTION AGREEMENTS AND THE BEHAVIOR OF PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN LEGAL ASSISTANCE*

Franklyn Roger Alves Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo examina a reforma do Código de Processo Penal no tocante à disciplina dos acordos de não persecução penal, a partir de suas especificidades e como a Defensoria Pública deve prestar assistência jurídica em favor dos imputados, lhes assegurando um acordo que apresente vantajosidade em detrimento da instauração do processo penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal. Negócios Processuais. Acordo de não persecução penal. Defesa Técnica. Defensoria Pública.

### ABSTRACT

This article examines the reform of the Criminal Procedure Code with regard to the discipline of non-prosecution agreements, based on their specificities and how the Public Defender's Office should provide legal assistance in favor of the accused, ensuring an agreement that presents advantages to the detriment criminal proceedings.

**KEYWORDS:** Criminal proceedings. Procedural Business. Non-prosecution agreement. Thecnical Defense. Public defender's office.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Instrumentos negociais no ordenamento processual penal brasileiro. 3 O acordo de não persecução e experiências comparadas. 3.1 O acordo conforme a normativa do CNMP. 3.2 O acordo conforme a disciplina do CPP. 3.2.1 Da avaliação da impertinência do acordo de não persecução penal. 3.2.2. Da formalização e consequências do acordo de não persecução penal. 3.2.3 Da homologação do acordo de não persecução penal. 3.2.4 Da ciência da vítima quanto ao acordo de não persecução penal. 3.2.5 Do descumprimento do acordo de não persecução penal e a necessidade do contraditório. 3.2.6 Impedimento do prazo prescricional. 4 Parâmetros de observância pela defesa técnica. 4.1 A presença da defesa técnica em todas as fases do acordo de persecução (proposição, discussão, homologação e cumprimento). 4.2 A utilização do inquérito defensivo como forma de orientar a atividade persecutória na avaliação da pertinência do acordo de não persecução. 4.3 A divergência entre autodefesa e defesa técnica no tocante à aceitação do acordo de não persecução. 4.4 A recorribilidade e impugnação do acordo de não persecução. 4.5 As regras de direito intertemporal. 4.6 A vantajosidade da suspensão condicional do processo em detrimento do acordo de não persecução penal. 4.7 Da sigilosidade da confissão em caso de recusa de

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

homologação do acordo de não persecução penal. 4.8 Da desclassificação de tipos penais e o acordo de não persecução penal. 4.9 Da impossibilidade de notificação do investigado para se manifestar sobre o acordo de não persecução penal e a possibilidade e apresentação da proposta por ocasião da citação. 4.10 Do acordo de não persecução penal em crimes de ação penal privada. 5 Conclusão. 6 Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

Durante a segunda metade do ano de 2019 houve intenso debate no parlamento brasileiro a respeito do projeto de lei Anticrime, apresentado como mecanismo de aperfeiçoamento das normas penais e processuais penais diante do clima de insatisfação social com a corrupção que assola o país.

Dentre os diversos mecanismos de modernização do processo penal brasileiro, o legislador enfim, incorpora à legislação um tema que já era veiculado por meio de ato normativo editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, os chamados acordos de não persecução penal.

A iniciativa do CNMP não foi das melhores. A falta de um debate prévio a respeito dessa nova forma de conduzir a pretensão punitiva pelo Ministério Público impactou negativamente no ato normativo, a ponto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 5.790 e 5.793) serem ajuizadas no Supremo Tribunal Federal contra a disciplina infralegal dos acordos de não persecução.

Talvez essa realidade tenha sido o principal estímulo a edição da Lei n. 13.964/2019 com o novo instrumento de dispensa de persecução pelo Ministério Público. Então, o propósito do presente estudo é debruçar-se sobre a disciplina dos acordos de não persecução penal no âmbito normativo do CPP e da resolução do CNMP, de modo a compreender essa nova forma de lidar com a persecução penal.

Uma rápida análise no direito comparado, somada às reflexões atinentes ao papel da defesa técnica durante a apresentação da proposta também serão eixos do presente estudo, de forma a propor um atuar mais qualificado da Defensoria Pública e advocacia.

## **2 INSTRUMENTOS NEGOCIAIS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL**

O tema dos negócios processuais, até então negligenciado pela doutrina processual por ocasião da vigência do CPC/73 ganhou fôlego no novo Código de

Processo Civil, diante da possibilidade de negócios processuais atípicos tendentes à adequação procedimental.

Na mesma proposta de construção de um processo civil participativo e de adequação procedimental, o legislador incorpora ao regime processual a fixação de um calendário para a prática de atos processuais, como consta do art. 191 do CPC/15, tal como ocorre em outros sistemas processuais.

Em verdade, a disciplina processual do CPC de 1973 já contemplava a existência de negócios processuais típicos, a exemplo da cláusula de eleição de foro, a possibilidade de suspensão consensual do processo e a convenção de arbitragem dentre outros, cuja validade nunca foi questionada.

No entanto, o espírito do novo Código de Processo Civil é, seguindo a linha do *contrat de procédure* do direito francês, estabelecer uma amplitude no tema das convenções processuais, rompendo o paradigma do CPC/73 que previa algumas poucas hipóteses de negócios processuais típicos, muito bem trabalhadas por José Carlos Barbosa Moreira<sup>2</sup> e Leonardo Greco<sup>3</sup>.

Por definição, as convenções processuais constituem negócios jurídicos de caráter bi ou plurilateral que podem ser celebrados em fase antecedente ou durante o próprio processo<sup>4</sup>, para a definição, modificação ou supressão de situações processuais. Para Antonio Cabral<sup>5</sup>, a celebração de um acordo processual independe de qualquer intermediação ou homologação de terceiro, posto se tratar da autonomia das partes contratantes.

É dizer, a existência do negócio jurídico-processual independerá da concordância do órgão jurisdicional que exercerá o controle da validade das cláusulas, nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC.

<sup>2</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Vol. 26. P. 197-210. Acesso em 05 de fev 2016. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista26.asp>

<sup>3</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. I, dezembro de 2007.

<sup>4</sup> “Las partes no están condenadas a esperar a que tenga lugar un proceso entre ellas para pensar en la posibilidad de resolverlo amistosamente. Antes de que surja la controversia, el principio de libertad contractual les ofrece la posibilidad de prever, dentro de su convención, cláusulas relativas a la solución de un litigio eventual, cláusulas contractuales relativas a la acción en justicia, también llamadas, simplificando, cláusulas relativas al reglamento de las discrepancias, cláusulas relativas a los litigios o, de manera aún más concisa, cláusulas de discrepancia.” (CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en francia. Civil Procedure Review. n. 03. 2012. Acesso em [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com). P. 5).

<sup>5</sup> “Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram procedimento”. (CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 68).

Apesar de os negócios processuais típicos continuarem previstos no CPC/15, o seu art. 190 busca estabelecer uma regra ampla, reforçando a possibilidade de atos de disposição de caráter atípico, destinados a ajustes dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

É verdade, no entanto, que os contratos de procedimento não se confundem com a transação quanto ao próprio direito em que se funda a pretensão<sup>6</sup>. Isto significa reconhecer que a indisponibilidade do direito material não significa a impossibilidade de se firmar uma convenção processual, já que seu propósito é diverso.

É por esta razão que o novo CPC se utiliza da expressão “*direitos que admitam autocomposição*”, de modo a abarcar os direitos processuais previstos em causas que veiculem direitos indisponíveis<sup>7</sup>.

Não obstante esta distinção conceitual, não se pode negar o fato de a doutrina estabelecer certas limitações à autonomia da vontade na adequação do procedimento, seguindo a temática dos negócios jurídicos. A adoção de acordos de procedimento será sempre vantajosa para as partes envolvidas no litígio, já que os ajustes se adequarão às particularidades do objeto deduzido em juízo.

Contudo, não podemos nos afastar da necessária cautela para combater eventuais acordos de procedimento que sejam introduzidos em contratos de adesão ou quando evidenciada a situação de vulnerabilidade de uma das partes, na forma do art. 190, parágrafo único do CPC/15<sup>8</sup>, recusando a validade de atos de disposição processual que tornem excessivamente onerosa a relação processual.

A grande pergunta que se faz refere-se ao processo penal. Como fica a disciplina em matéria de convenções processuais? O mesmo refinamento do processo civil tem incidência no campo adjetivo penal.

O processo penal é uma área processual repleta de peculiaridades, já que em todas as demandas o Estado ocupa a relação processual como parte principal ou interveniente, sendo apenas substituído processualmente na ação penal privada.

---

<sup>6</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 550.

<sup>7</sup> É a mesma conclusão do Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. (A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.)

<sup>8</sup> O Enunciado n. 18 do FPPC considera indício de vulnerabilidade o fato de um acordo de procedimento ter sido celebrado sem assistência técnico-jurídica.

Apesar da conformação estruturante desse ramo processual, podemos indicar algumas hipóteses expressas de atos jurídicos processuais convencionais. São elas, de caráter unilateral: a possibilidade de o querelante, nos casos de exclusiva ação penal privada, escolher o foro de domicílio ou da residência do querelado, ainda quando conhecido o lugar da infração (art. 73 do CPP); a retratação da representação, a renúncia ao direito de queixa e o perdão do ofendido (arts. 25, 50 e 51 do CPP).

De caráter bilateral, é a possibilidade de ajuste da divisão de tempo para exposição oral pela defesa nos debates perante o Tribunal do Júri (art. 477, §1º do CPP) na fase do juízo da causa.

Apesar destes poucos casos apontados, temos situações processuais penais que preconizam as vontades unilaterais ou bilaterais das partes, constatadas mediante as manifestações de vontade externadas em determinados momentos do processo ou em fase antecedente à sua instauração.

O fato de o processo penal ser eminentemente publicista<sup>9</sup> não quer dizer que as partes devam necessariamente seguir a cartilha literal do código, vedada a possibilidade de exercício da autonomia da vontade com o propósito de ajustar o procedimento<sup>10</sup>.

No entanto, por conta do interesse público que norteia a persecução penal não podemos admitir uma liberdade plena para convenções processuais em matéria penal, sob risco de o ajuste do procedimento obstaculizar a própria apuração do fato criminoso.

Isto não implica negar a própria incidência dos negócios processuais no processo penal. O art. 190 do CPC é bem-vindo ao rito processual penal, já que o CPP contempla certos negócios processuais típicos<sup>11</sup>.

---

9 “A concepção publicista do processo relegou a segundo plano a reflexão sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo ou, simplesmente, a considerá-la sempre dependente da aprovação ou homologação do juiz, vigilante guardião dos fins sociais e do interesse público a serem atingidos e preponderantemente tutelados”. (GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 59).

10 Em sentido oposto, rejeitando a possibilidade de acordos processuais: “O processo não é ‘coisa das partes’, mas sim um instrumento público através do qual o Estado presta a sua jurisdição. O interesse público, cristalizado na legislação cogente, está fora do alcance do poder dispositivo da acusação e da defesa. É o princípio da legalidade, fundante do sistema da civil law, que nos foi legado pela tradição grega e romana”. (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito processual penal: estudos e pareceres. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 593).

11 Quando analisa o direito italiano, Paolo Tonini encara o patteggiamento italiano como uma forma de negociação (TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale. Milano: Giuffrè. 2009. P. 710.).

O que se torna necessário é definir limites ainda mais rígidos que aqueles propostos ao Direito Processual Civil, levando em conta o interesse da sociedade na apuração do fato criminoso, nas garantias processuais do acusado e na indisponibilidade da defesa técnica.

Assim, convenções processuais tendentes a dilação do prazo processual, elevação da quantidade de testemunhas, utilização da tecnologia de videoconferência, por exemplo, seriam bem-vindas ao processo penal.

A consensualidade no processo penal é tema que vem paulatinamente ocupando a pauta do sistema jurídico brasileiro, desde a criação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95, passando pela colaboração premiada até desaguar nas tendências modernas dos acordos de não persecução, autêntico exemplo de convenção processual no campo penal.

Se pensarmos no processo penal como marcante expressão do publicismo penal, em razão do caráter indisponível da pretensão punitiva, chegaríamos à conclusão de que neste ramo do direito processual não há espaço para negociação. Entretanto, já com o advento da Lei n. 9.099/95, tivemos os primeiros exemplos de ruptura dos dogmas da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, um fenômeno que não se restringe apenas ao Brasil, mas também é encontrado ao longo do mundo todo.

Posteriormente, ideais de uma Justiça Restaurativa também avançaram em solo brasileiro, inclusive com regulamentação pela Resolução n. 225/2016 do CNJ, com o objetivo de pacificação social e aproximação de vítima e agressor e o propósito de reparar os danos provenientes da conduta delituosa.

Na década de 90, o legislador surpreendeu a comunidade processual com a edição da Lei n. 9.099/95 e a proposta inovadora de um órgão jurisdicional com competência para crimes de menor complexidade, pautado nos princípios da oralidade, informalidade, economia processual, celeridade, reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade.

As disposições da novel lei eram revolucionárias, especialmente por trazerem a figura de institutos despenalizadores, a exemplo da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

O objetivo da Lei do Juizado Especial Criminal foi apresentado como sendo a maneira mais rápida de reparação do dano sofrido pela vítima em virtude da infração

de menor potencial ofensivo e, ao mesmo tempo, aplicar uma sanção que não correspondesse a uma pena privativa de liberdade.

A resistência inicial foi tamanha, especialmente se considerarmos que grande parte dos institutos trazidos na Lei n. 9.099/95 flexibilizavam premissas clássicas do processo penal, a exemplo da simplificação da exigência de corpo de delito (art. 77, §1º), da exceção ao princípio da obrigatoriedade (art. 76) e indisponibilidade (art. 89) da ação penal e a dispensa de prisão em flagrante no caso de compromisso de comparecimento aos atos do processo (art. 69, parágrafo único).

A suspensão condicional do processo (*sursis processual*) e a transação penal previstas nos arts. 89 e 76 da Lei n. 9.099/95 apresentam como formas de acordo, modalidades de negócios processuais, cuja existência depende da presença dos requisitos previstos na Lei n. 9.099/95 e a validade se condiciona a homologação judicial.

Embora constituam institutos processuais, é importante registrar que seus efeitos têm maior irradiação no campo material (extinção da punibilidade)<sup>12</sup> e o acusado não tem aptidão para discutir os termos da transação e da suspensão, podendo o próprio juiz interferir no processo de imposição das condições (art. 76, §1º e 89, §2º da Lei n. 9.099/95).

Há um estudo muito interessante desenvolvido por Máximo Langer em que o autor procura comparar institutos negociais na Europa e América Latina que foram implementados ao retrato do *plea bargain* norte-americano e indicar que nem todas as figuras negociais são efetivamente reproduções do instituto<sup>13</sup>. Apesar de não abordar o direito brasileiro propriamente dito, as observações do autor permitiriam

---

12 “A mesma tendência se percebe no processo sancionador brasileiro. O termo de compromisso para as infrações nos mercados de capitais (art. 11, §5º da Lei n. 6.385/76), o compromisso de cessação e o acordo de leniência nas infrações à ordem econômica (arts. 85 e 86 da Lei n. 12.529/2011), este último também previsto na recente legislação anticorrupção (arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/2013), são todos expressão dessa mesma constelação de ideias, e apontam no sentido da convencionalidade em torno desse tipo de pretensão.” (CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. Coleção repercussões: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 159).

13 “The importation of plea bargaining exemplifies the translation of a legal practice that could potentially Americanize inquisitorial jurisdictions. There are few mechanisms or institutions more characteristic of the U.S. adversarial system and, more specially, of the model of the dispute. By definition, American plea bargaining, assumes an adversarial conception of criminal procedure as a dispute between two parties facing a passive decision-maker. It makes sense in a dispute model that the parties be allowed to reach an agreement over a plea bargain. That is, the parties may negotiate in order to reach such an agreement, and if the parties agree that the dispute is over, the decision-maker should not have any power (or only a relatively minor and formal power) to reject this decision”. (LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal / Vol. 45. N. 1, 2004. P. 36).

concluir que apelar a transação penal e o *sursis* processual de *plea bargain* não se afigura correto.

Por fim, aponta-se a disciplina dos acordos de colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013) como uma forma de negócio processual penal<sup>14</sup>. Não obstante a qualidade dos argumentos expostos, com eles não concordamos.

Apesar de o dever de colaboração ter o aspecto processual, já que a contribuição do colaborador leva a apuração do fato delituoso, trata-se de uma consequência da colaboração premiada.

Quando confessa e contribui para apuração da conduta criminosa, o agente não está definindo, modificando ou suprimindo uma situação processual. A confissão é uma garantia processual, inclusive reconhecida pelo Código Penal como circunstância atenuante.

O réu pode confessar com ou sem acordo de colaboração premiada e o ordenamento jurídico já lhe assegura essa posição processual. Não há um acordo processual quando se faz a colaboração premiada, até porque a redução da pena, sua substituição ou o próprio perdão judicial dependem da interveniência do órgão jurisdicional (art. 4º da Lei n. 12.850/2013), descaracterizando a característica preponderante dos acordos processuais – a autonomia das partes.

O §6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 poderia nos levar à falsa impressão de que a colaboração premiada não dependeria da interveniência do órgão jurisdicional<sup>15</sup>, bastando apenas o ajuste entre as partes da relação processual penal vindoura e a Polícia Judiciária.

Ocorre que os §§ 7º e 8º do mesmo artigo nos mostram a existência da participação ativa do magistrado nos termos do acordo, especialmente quando exige a homologação, condicionada à verificação judicial de sua regularidade, legalidade e voluntariedade. A lei permite ainda que o juiz possa recusar a homologação à proposta quando não atendidos os requisitos legais, podendo, inclusive, adequá-la ao caso concreto.

---

14 “Por fim, cuida-se de contrato de natureza mista: nele, a vontade atua na definição e escolha de categorias jurídicas processuais e materiais. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual e material”. (DIDIER JR., Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. Coleção repercussões: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 194)

15 §6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.



Toda essa estruturação normativa está a indicar que o objetivo da colaboração premiada é estritamente material, ou seja, a apuração do fato criminoso, com reflexos naturais no campo processual, tal como ocorre em uma transação no processo civil, cujo reflexo é a extinção do processo.

Por fim, o exemplo mais marcante da consensualidade é, talvez, o de maior controvérsia atual, pois se refere ao acordo de não persecução penal. Inicialmente previsto na Resolução n. 181/2017 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, foi o instituto incorporado ao Código de Processo Penal, através da inclusão do art. 28-A, conforme reforma operada pela Lei n. 13.964/2019. Passaremos então a abordar o instituto à luz da Resolução do CNMP e também sob a ótica da nova disciplina do Código de Processo Penal.

### **3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E EXPERIÊNCIAS COMPARADAS**

A pretensão legislativa de ampliação de institutos negociais representa uma tendência contemporânea de alguns sistemas jurídicos que veio a ser incorporada no Brasil desde a década de 90 com a Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Na Itália, temos uma série de instrumentos dedicados à consensualidade entre acusação e defesa, como forma de evitar, abreviar ou concluir a persecução penal. O direito à prova guarda relação direta com alguns destes institutos de simplificação procedimental.

O Código de Processo Penal prevê diversos procedimentos especiais destinados a otimizar a máquina processual, reduzindo uma ou mais fases do procedimento comum (*indagine, udienza preliminare e giudizio*).

Estas três fases estão reguladas nos arts. 326 a 415 (fase investigatória), 416 a 437 (audiência preliminar) e 465 a 548 (fase de julgamento) e compoariam o que podemos denominar de procedimento ordinário. Já os procedimentos especiais representam verdadeira simplificação procedimental e trazem uma compensação ao acusado que anui com a sumarização, mediante uma série de benefícios, a exemplo da redução de pena e do afastamento da prisão perpétua, por exemplo.

Os procedimentos especiais tiveram seu estopim na década de 1980, a exemplo do art. 87 da Lei n. 689/1981 que permitia a negociação entre as partes. Com o Código de Processo Penal de 1988 buscou-se relativizar a legalidade penal e

procedimental ao introduzir novas fórmulas de concentração processual, que sofreram sucessivos ajustes legislativos ao longo dos anos.

O primeiro dos ritos regulados pelo CPP é o chamado *giudizio abbreviato* (juízo abreviado), consistente em um procedimento especial regulado pelo livro sexto do Código de Processo Penal italiano. O art. 438, *comma 1* autoriza que o acusado possa requerer, por escrito ou oralmente, que o processo seja definido na própria audiência preliminar, caracterizando-se o rito abreviado ordinário, acolhido pelo juiz por meio de decisão (*ordinanza*).

Diante dos elementos colhidos no inquérito policial, o acusado pode avaliar que o exercício do contraditório e da ampla defesa não represente uma vantagem para o resultado final da apuração de sua culpabilidade, autorizando a apreciação do fato no estado em que se encontra.

Apesar de representar uma renúncia deduzida pelo imputado, existe uma vantagem na existência legal do juízo abreviado. Há uma natural pressão nos ombros do Ministério Público quando desenvolve a atividade investigativa, cabendo-lhe instruir a ação penal com elementos fortes de materialidade e autoria, considerando a possibilidade de sua utilização para a valoração da conduta, caso adotado o juízo abreviado. É mais um freio à possibilidade de imputações lacônicas ou genéricas<sup>16</sup>.

O Código de Processo Penal permite que o acusado postule a realização de atividade probatória integrativa como condição à abreviação procedimental, cabendo ao juiz levar em consideração se a sua realização não atrapalha a economia processual pretendida pelo rito abreviado, que agora é denominado condicionado (*giudizio abbreviato condizionato*)<sup>17</sup>. Essa atividade integrativa ocorre com o propósito de o acusado indicar fatos que mereçam melhor esclarecimento para a apuração do delito e permitir também que o Ministério Público possa realizar eventual contraprova.

O preço da recusa da parte às suas garantias processuais asseguradas pelo rito regular é compensado no *comma 2*, do art. 442 do Código de Processo Penal. O acusado goza da redução de 1/3 (um terço) de sua pena. Em se tratando de crimes

---

<sup>16</sup> GRILLI, Luigi. *I procedimenti speciali: i riti alternativi nel giudizio penale*. Milano: CEDAM, 2011. P.9-10.

<sup>17</sup> GRILLI, Luigi. *I procedimenti speciali: i riti alternativi nel giudizio penale*. Milano: CEDAM, 2011. P.9.

com prisão perpétua (*pena dell'ergastolo*) a pena é substituída pela reclusão por 30 anos.

Em se tratando de eventual absolvição no juízo abreviado, o art. 443 define que tal decisão é irrecorrível para ambas as partes. Do mesmo modo, em se tratando de sentença condenatória, o Ministério Público também encontra limitações ao duplo grau, podendo manejar o apelo apenas quando há modificação na capitulação do delito.

O segundo procedimento especial regulado pelo art. 449 do Código de Processo Penal é o denominado *giudizio direttissimo*. Neste procedimento, aplicável nos casos de prisão em flagrante, o Ministério Público apresenta a proposta de adoção do juízo diretíssimo por ocasião da audiência de convalidação da prisão.

Sendo a prisão em flagrante convalidada e havendo consenso de ambas as partes, caberá ao juiz, na forma do comma 2 do art. 449, aplicar o rito diretíssimo, procedendo imediatamente à fase final (*giudizio*).

O *comma 4* do mesmo artigo permite que o Ministério Público formule igual proposta se a prisão em flagrante já tiver sido convalidada, contanto que o requerimento seja apresentado no prazo de até 30 dias contados da data da prisão.

É vedada a adoção do juízo diretíssimo nos casos em que ocorra possível prejuízo à investigação. Igualmente será inviável a sumarização aqui examinada quando houver o concurso de crimes que não comportem a simplificação ou até mesmo no caso de concurso de agentes, casos em que será adotado o procedimento ordinário.

No rito diretíssimo o Ministério Público é encarregado de conduzir o indiciado diretamente à audiência e, em caso de o indiciado estar solto, promover a sua citação para comparecimento ao ato processual, na forma do art. 450 do código de ritos. Além da citação do indiciado, deve o defensor ser notificado da data do ato, facultando-lhe o acesso aos documentos do inquérito e permitindo-se a extração de cópias.

O Código de Processo Penal italiano contempla ainda um terceiro rito especial, o denominado *giudizio immediato* (juízo imediato), regulado pelos arts. 453 e seguintes. Neste procedimento especial, o Ministério Público postula a sumarização quando a prova da conduta é evidente e o indiciado, durante seu interrogatório, presta declarações que confirmam a veracidade dos elementos (confissão) ou quando intimado a se apresentar, permanece inerte.

O *comma 2* do art. 453 do CPP contém regra interessante, por permitir que, no caso de conexão entre crimes que não admitem o juízo imediato, que haja a separação de causas, salvo se tal ato prejudicar a investigação, caso em que será mantida a unidade de processos e aplicado o procedimento ordinário.

O quarto rito especial é o denominado *patteggiamento*. O Código de Processo Penal trata o instituto como uma forma de negociação entre as partes, um acordo que tem por escopo não só a simplificação procedimental, mas também a transação quanto à pena ser infligida ao acusado.

Trata-se de uma forma de justiça consensual, um protótipo italiano de ruptura ao sistema processual tradicional, com forte aproximação ao *plea bargain* norte-americano<sup>18</sup>. O art. 444 condiciona a aplicação de pena a requerimento das partes (*applicazione della pena su richiesta delle parti*) ao consenso de ambas (acordo), com a consequente definição da sanção, com a redução de até 1/3 (um terço) da pena, aspecto muito importante do instituto.

A voluntariedade do acusado é elemento essencial para a validade do instituto, como se observa das regras do art. 446. Não pode o Ministério Público impor a negociação ao acusado.

Para assegurar que aquela manifestação é despida de qualquer influência, o juiz pode intimar o imputado para confirmar se é de livre vontade a manifestação pela negociação no processo. Diverge o *patteggiamento* dos demais ritos especiais pelo fato de haver uma margem de variação para a redução da pena (até um terço), enquanto que no juízo abreviado, por exemplo, há uma redução integral de 1/3 (um terço) na pena.

O requisito objetivo exigido pelo código é que na aplicação da pena detentiva ou sanção substitutiva de pena pecuniária, levando-se em conta as circunstâncias e a redução de até um terço, não se alcance patamar superior a 5 anos de pena detentiva, isolada ou conjuntamente à pena pecuniária, na forma do art. 444, *comma*

---

18 "Nevertheless, despite their ambivalence, the Italian translation of plea bargaining is faithful to the original American mechanism in that it is a procedure through which the prosecution and the defense can actively negotiate sentences and the judge is assigned a relatively passive position. In this sense, the adoption of the *patteggiamento* has had, from the very beginning, a potential Americanization effect; if accepted and internalized by Italian legal actors as a negotiating mechanism, and accompanied by the other adversarial reforms, the *patteggiamento* has the potential to move Italian criminal procedure practices toward the model of the dispute, replacing the predominant inquisitorial internal dispositions of the legal actors and the structure of interpretation and meaning, and shifting the distribution of procedural power". (LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal / Vol. 45. N. 1, 2004. P. 52).

1 do CPP. O referido dispositivo também contém outras vedações ao instituto, baseadas na natureza do crime praticado (pornografia, por exemplo).

Durante o inquérito, o art. 447 permite que seja apresentada a proposta, cabendo ao juiz fixar uma audiência para seu acolhimento, caso em que todas partes serão intimadas. Três dias antes da sua realização, o Ministério Público deverá depositar os autos do inquérito, permitindo-se que as partes tenham vista e possam se manifestar na audiência, sobre os termos propostos.

O *comma* 3 do citado artigo traz uma regra excepcional, permitindo que a proposta seja construída com a intervenção jurisdicional. Havendo interesse de uma das partes em negociar, o juiz pode fixar prazo para que a outra se manifeste.

Como consequência da negociação, o art. 445, *comma* 1, impede a condenação ao pagamento das despesas processuais e a aplicação de pena acessória, quando a pena aplicada não exceder dois anos. A parte pode ainda condicionar a eficácia do *patteggiamento* a uma aplicação da suspensão condicional da pena, caso em que o juiz, entendendo pela inviabilidade da suspensão, não acolherá os termos da negociação.

No caso de deferimento da suspensão da pena, haverá a sua extinção se, no prazo de dois anos (contravenções) ou cinco anos (crimes) o acusado não se tornar reincidente, suprimindo-se todos os eventuais efeitos penais da condenação.

A sentença que acolhe o *patteggiamento* não é uma sentença condenatória, mas se equipara a uma condenação em alguns aspectos por conta de suas particularidades e limitações impostas pelo código.

Não é possível manejar um recurso ordinário (*appello*) contra a sentença que acolhe o *patteggiamento*, salvo no caso em que o juiz defere o benefício contra a vontade do Ministério Público (art. 448, *comma* 2). No entanto, a via para o Recurso de Cassação e para a pretensão revisional permanece sempre aberta.

Outro rito especial do sistema italiano é o chamado procedimento por decreto, cabível nos casos em que os crimes são processados por iniciativa de ofício ou quando condicionados à manifestação da vítima (*querela*), nos termos do art. 459, *comma* 1 do CPP.

Trata-se de um instituto peculiar que permite ao Ministério Público postular a aplicação de uma pena pecuniária, ainda que substitutiva à pena privativa de liberdade – vedada a imposição de medida de segurança (art. 459, *comma* 5) -, diante do juiz da investigação, observado o prazo máximo de seis meses contados

da data da inscrição do nome do acusado no registro oficial, através de decisão condenatória.

A depender da circunstância, o Ministério Público pode postular que haja uma redução pela metade da pena, na forma autorizativa do *comma 2* do citado artigo e, uma vez proferida a decisão, o juiz notificará o acusado do seu conteúdo (*comma 4*).

Há um paralelo muito distante entre o procedimento por decreto e a transação penal, ao menos na parte em que versa sobre a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos. No caso italiano, há uma verdadeira sumarização procedimental sem o correspondente contraditório, cujo exercício é postergado para o momento seguinte à prolação da decisão condenatória.

O art. 461 do CPP italiano prevê que no prazo de 15 (quinze) dias contados da data da notificação da decisão, o acusado pode, pessoalmente ou por meio de defensor refutar os termos da decisão condenatória e a consequente adoção do procedimento por decreto (*comma 1*).

Na petição de impugnação o acusado pode postular a adoção do juízo imediato, abreviado ou até mesmo a negociação, na forma indicada no *comma 3*. Restando preclusa a decisão que aplicou a pena restritiva, o juiz determinará o início do cumprimento da pena.

O reflexo dos procedimentos especiais italianos se distingue do modelo processual penal estadunidense<sup>19</sup> onde a consensualidade entre as partes é uma de suas características marcantes. O exemplo modelo da negociação entre acusação e defesa é encontrado no instituto denominado *plea bargain*.

Trata-se de acordo firmado entre a acusação e o imputado onde é assumida a responsabilidade pelo fato criminoso em contrapartida à redução da pena ou retirada de parte das acusações, submetendo-se o acordo à chancela do juízo. Se o juízo entender que o acordo não deve ser homologado, oportunizará ao acusado o direito de se declarar inocente ou anuir com as novas condições impostas ao acordo<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> “O processo penal estadunidense é, portanto, marcado pela disputa entre as partes, a elas cabendo a responsabilidade de produzir as provas que lhes sejam favoráveis (inclusive por meio de investigações paralelas), competindo ao juiz assegurar o respeito às regras do jogo. Vigora o princípio da disponibilidade do processo e de seu objeto, de modo que é natural que as partes possam compor o conflito pela via negocial, por acordo, quando considerem oportuno e conveniente. A atuação da promotoria também é caracterizada por uma absoluta discricionariedade (prosecutorial discretion)”. (ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 120).

<sup>20</sup> SCHEB II, John M; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013. P. 364.

A depender do estado da federação norte-americana, o juiz é autorizado a participar do processo de negociação, ainda que haja uma visão negativa deste modelo, especialmente por colocar a defesa em uma posição desvantagem, se vendo obrigada a aceitar o acordo em virtude das intervenções do juiz, capazes de indicar uma possível tendência de julgamento.

A possibilidade de negociação não é bem vista por parte da doutrina. Encara-se o *plea bargain* como principal culpado da redução da severidade das penas e até como uma forma inconstitucional de afastar o devido processo legal<sup>21</sup>. Os que defendem o instituto apontam que sua existência contribui para a redução dos custos da máquina judiciária (são menos processos submetidos a julgamento)<sup>22</sup>.

Há na doutrina quem aponte o *plea bargain* como uma forma de abreviar o percurso<sup>23</sup> de uma causa criminal desde o seu início até o trânsito em julgado, além de tornar previsível o resultado do julgamento<sup>24</sup>.

É verdade que durante o processo de negociação, o promotor de justiça é quem conduz as tratativas, por ser ele o detentor dos elementos colhidos durante a investigação, o que lhe permite avaliar em quais casos é oportuna a negociação e quais os seus limites, sempre com uma maior liberdade dispositiva quando comparada com a acusação em outros países<sup>25</sup>.

O processo de negociação então, é permeado por três fases não estanques, assim compreendidas como: Verificação do interesse do órgão acusatório em barganhar (*assessing the D.A.'s offer*); negociação dos termos da proposta (*parleying the D.A.'s offer*); e o próprio aconselhamento da defesa técnica quanto a oportunidade e conveniência da proposta (*counseling and deciding*).

A *American Bar Association* possui um rol de *Standards* para o desempenho da função acusatória (*American Bar Association Criminal Justice Standards for the Prosecution Function*). O ato possui natureza de mera recomendação<sup>26</sup> para a

---

21 LEE, Cynthia; RICHARDSON, L. Song; LAWSON, Tamara. *Criminal procedure: cases and materials*. Minnesota: West Academic, 2016. P. 781.

22 SCHEB II, John M; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013. P. 364.

23 LEE, Cynthia; RICHARDSON, L. Song; LAWSON, Tamara. *Criminal procedure: cases and materials*. Minnesota: West Academic, 2016. P. 781.

24 SCHEB II, John M; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013. P. 364.

25 VITIELLO, Michael. Bargained-for-justice: Lessons from the Italians. *The University of the Pacific Law Review*. Vol. 48. 2017. P. 258.

26 CLINE, Richard. *Defense investigation and discovery criminal cases*. Minnesota: Aspatore. 2011. P. 98.

postura destes profissionais no sistema de justiça, devendo ser registrado que a Suprema Corte já utilizou estes *Standards* como critério de fundamentação para violação do direito previsto na Sexta Emenda (caso *Padilla v. Kentucky*).

Dentre os princípios propostos, merece destaque o Standard 3-1.13 que recomenda a constante capacitação desses profissionais<sup>27</sup>, a exemplo da compreensão do papel do sistema de justiça, técnicas de litigância e negociação, lealdade nos procedimentos de compartilhamento de informações (*Discovery*), atualização quanto ao sistema processual e evitabilidade de comportamentos tendenciosos e preconceituosos.

No Brasil, o acordo de não persecução veio introduzido por instrumento normativo de duvidosa legalidade, enquanto se aguardava o processo legislativo reformador. Em nossa visão, poder-se-ia propor a premissa de que o acordo de não persecução constitui espécie de convenção processual, com amparo na aplicação do art. 190 do CPC combinado com o art. 3º do CPP e reconhecer a sua incidência no processo penal com certos limites.

Essa, no entanto, não parece ser a opinião da doutrina ministerial. Rodrigo Cabral, por exemplo, procura desvincular a natureza processual do acordo de não persecução, lhe atribuindo a natureza de um “negócio jurídico extrajudicial”<sup>28</sup> e que o acordo não envolve matéria penal, por “não haver aplicação de pena”<sup>29</sup>.

---

27 Standard 3-1.13 Training Programs (b) In addition to knowledge of substantive legal doctrine and courtroom procedures, a prosecutor’s core training curriculum should address the overall mission of the criminal justice system. A core training curriculum should also seek to address: investigation, negotiation, and litigation skills; compliance with applicable discovery procedures; knowledge of the development, use, and testing of forensic evidence; available conviction and sentencing alternatives, reentry, effective conditions of probation, and collateral consequences; civility, and a commitment to professionalism; relevant office, court, and defense policies and procedures and their proper application; exercises in the use of prosecutorial discretion; civility and professionalism; appreciation of diversity and elimination of improper bias; and available technology and the ability to use it. Some training programs might usefully be open to, and taught by, persons outside the prosecutor’s office such as defense counsel, court staff, and members of the judiciary.

28 “O acordo é um negócio jurídico extrajudicial, que não envolve o prévio oferecimento de denúncia, nem exige uma prestação jurisdicional do Estado-Juiz. Nesses casos, não há que se falar em norma processual. Isso porque, conforme já assentou o Pleno do Supremo Tribunal Federal: São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição. Na espécie, nenhum desses elementos se faz presente no acordo de não persecução”. (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 31).

29 “No acordo não há aplicação de pena. No plea bargain há efetivamente a aplicação de uma sanção penal. No acordo, uma vez ocorrendo o seus descumprimento, faz-se necessário o oferecimento de denúncia, com plena instrução processual para a aplicação de pena. No plea bargain não é necessária instrução; simplesmente executa-se a pena”. (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 32).



Arremata ainda que na ótica do Supremo Tribunal Federal as normas de direito processual penal referem-se apenas ao princípio do devido processo legal, aos poderes e ônus advindos da relação processual e ao próprio conceito de jurisdição.

Por conta do pensamento reducionista proposto pelo citado autor é que o estudo da teoria geral do processo se torna elementar. A afirmativa de que o acordo de não persecução penal não constitui norma de direito processual apenas reforça a premente necessidade de se compreender melhor a teoria geral do processo e sua relação com o direito processual penal.

Não há como desvincular o acordo de não persecução penal do conteúdo processual e material penal. A avença entre imputado e Ministério Público contém disposições de natureza processual, no ponto em que se flexibiliza o ajuizamento da ação penal, mediante a renúncia ao contraditório e ao devido processo legal.

Ao mesmo tempo, a negociação envolve aplicação de prestação de serviços e prestação pecuniária que, pelo art. 43, I e IV do Código Penal são modalidades de pena restritiva de direitos.

Assim, analisemos a primeira disciplina dos acordos de não persecução estabelecida pela Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

### **3.1 O acordo conforme a normativa do CNMP**

É inegável que a proposta do órgão nacional de controle da atuação e do cumprimento das funções do Ministério Público (art. 130-A, §2º da CRFB) foi a de promover um certo grau de desjudicialização dos conflitos penais.

Entretanto, pensamos que parte da nova resolução não veio regulamentar um espaço de atuação já consolidado em nosso sistema jurídico, como é o caso da investigação direta amparada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelas próprias regras da Constituição e das leis que regem o *parquet*.

O que houve foi uma verdadeira inovação normativa, veiculada por meio instrumento de índole administrativa, criando uma nova figura processual de flexibilização da obrigatoriedade da ação penal<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> É fato que a característica da obrigatoriedade da ação penal é discutida na Itália, onde também há procedimentos específicos para abreviação do processo. (ILLUMINATI, Giulio. *modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto alegre, vol. 4, n. 2, p. 533-557, mai./ago. 2018. P. 551-552).

É certo que o dogma da obrigatoriedade da ação penal tem causado fortes debates na Itália, especialmente em razão de inúmeras orientações editadas no âmbito do Ministério Público daquele país com o intuito de relativizar o princípio, ainda que tais medidas sofram críticas na doutrina<sup>31</sup>.

As modernas concepções dos processos de negociação no campo penal precisam observar determinados limites, evitando-se o arbítrio do membro do Ministério Público na condução da proposta.

Neste ponto, enxergamos que a nova disciplina envolve aspectos penais (aplicação de sanção) e processuais penais (não ajuizamento da ação penal), vulnerando a constitucionalidade do ato administrativo, posto que parte de seu conteúdo dependeria de lei em sentido formal (art. 22, I da CRFB), diante do princípio da legalidade e da própria repartição constitucional de competências<sup>32</sup>.

Note-se que o fato de estarmos diante de uma norma com potencial positivo ao cotidiano do sistema de justiça criminal, como uma alternativa à já tradicional persecução ao advinda da ação penal, não quer dizer que devemos ser lenientes com práticas normativas de duvidosa constitucionalidade.

A própria doutrina do Ministério Público encontra certa dificuldade em justificar o desenho normativo da Resolução n. 181/2017, a ponto de argumentar que os atos normativos emanados pelo CNMP possuem “natureza primária” e que sendo o Conselho um componente da União, estaria ele legitimado a “editar normas que abordem temas de direito penal e processual penal”.

A dificuldade em justificar o instituto sem um referencial teórico e normativo seguro é tamanha que essa mesma doutrina afirma:

“Ademais, mesmo que se refutem os argumentos apresentados supra, isto é, caso entendamos que as resoluções do CNMP não são atos normativos primários e que aquele órgão não está legitimado para tratar de direito penal e processual penal, ainda assim, a Resolução n. 181 ora analisada deve ser considerada livre da pecha de inconstitucionalidade. Isto porque o acordo de não-persecução penal é anterior ao processo e às normas que o

---

31 ANGIOLINI, Giulia. I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale tra legalità costituzionale ed esigenze di effettività. Tese (Doutorado in Direito Público, giustizia penale e internazionale). Università degli studi di Pavia, Pavia, P. 408. 2018. P. 397).

32 “Esses motivos revelam que há mesmo necessidade de reflexão sobre um possível aprimoramento dos instrumentos brasileiros de consenso no campo do processo penal, com o objetivo de simplificar e acelerar a resolução de casos em que o acusado é confesso e admite a culpa. Entretanto, como ficará evidenciado, na ânsia de inovar (e talvez já não suportando mais aguardar uma solução pela via legislativa), o CNMP usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o assunto e também ignorou que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser implementada pela via legislativa”. (ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 267).

regulamentam possuem natureza procedimental. Desta feita, a Resolução n. 181 do CNMP não trata de direito processual, de modo que não viola o inciso I do art. 22 da Constituição Federal”<sup>33</sup>.

Avançou-se ainda no campo do direito internacional, procurando-se amparar a norma do CNMP nas Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas de Liberdade), apesar de o referido instrumento não ser um Tratado incorporado ao sistema jurídico interno<sup>34</sup>.

Melhor teria sido a veiculação de um instituto desta envergadura imediatamente por meio de lei, tal como ocorreu no âmbito da Lei n. 9.099/95 e da Lei n. 12.850/2013<sup>35</sup>, o que só ocorreu ao final do ano de 2019, dois anos após a elaboração do ato normativo do CNMP.

A falta de um debate pelo Ministério Público criou certa resistência no sistema jurídico brasileiro, a ponto de duas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ns. 5.790 e 5.793) serem ajuizadas no Supremo Tribunal Federal contra a disciplina administrativa dos acordos de não persecução penal.

Esse ambiente de críticas e a fragilidade jurídica do ato normativo levaram o CNMP a rever a disciplina através da Resolução n. 183/2018 que dentre as inúmeras modificações no texto, passou a prever o necessário controle judicial posterior à assinatura da proposta pelas partes.

Em seu art. 18 a Resolução n. 181/2017 do CNMP trata dos acordos de não persecução firmados pelo Ministério Público. Essa norma tem gerado acalorado debate na doutrina, especialmente por inovar no sistema jurídico penal, criando mais uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal sem previsão legal expressa. O dispositivo ora mencionado encontra-se com a seguinte redação:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal

---

33 BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 62

34 “No entanto, tal resolução não possui força vinculante, tratando-se de mera recomendação dirigida aos Estados-membros da entidade, com a expressa ressalva de que deve haver compatibilidade com sistema jurídico de cada país”. (ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 279).

35 “Naturalmente, é possível e desejável a criação de novos institutos que aprimorem o sistema de justiça criminal de um país, como defendido ao longo desta obra, mas essas novas ferramentas devem ser fruto de regular processo legislativo como aconteceu com a transação penal, com a suspensão condicional do processo, com o acordo de leniência e com a colaboração premiada”. (ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 275-276).

e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa

própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado, também, poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não-oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Nota-se, pela leitura do §3º do art. 18 do ato normativo que a defesa é elemento essencial do acordo de não persecução, devendo ela firmar o seu conteúdo, com a consequente submissão da avença à homologação judicial.

Muitas das regras constantes do ato normativo foram incorporadas à disciplina do Código de Processo Penal através das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, como veremos a seguir.

### **3.2. O acordo conforme a disciplina do CPP**

A Lei n. 13.964/2019 introduz o art. 28-A à disciplina do Código de Processo Penal, incorporando o acordo de não persecução penal. De acordo com o *caput* do dispositivo, sempre que a hipótese não recomendar o arquivamento, poderá o Ministério Público propor o acordo, observando determinados pressupostos.

Pensamos que o acordo de não persecução penal, como modalidade de convenção processual é composto por 4 (quatro) fases: a proposição, a discussão, a homologação e o cumprimento.

Na fase de proposição, caberá ao Ministério Público, convencido de que há indícios de materialidade e autoria da infração penal (afasta-se, portanto, a hipótese de arquivamento), verificar a presença dos pressupostos legais.

O primeiro deles corresponde a necessária confissão formal e circunstancial pelo investigado da prática de infração penal (crimes e contravenções). Pensamos que essa confissão não corresponde a uma delação. É dizer, assegura-se o direito a acordo de não persecução penal pelo simples reconhecimento da prática da infração delituosa, independentemente do apontamento de outros coautores ou partícipes.

Um segundo pressuposto definido em lei é que a infração penal tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça e que a pena mínima cominada ao tipo seja inferior a 4 (quatro) anos.

A utilização do verbo “poderá” tal como ocorre no art. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 resgata, mais uma vez, o debate sobre se o instituto constitui direito subjetivo do acusado ou mera faculdade do *Parquet* na apresentação da proposta. À época da Lei n. 9.099/95, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado n. 696 da Súmula de sua jurisprudência para afirmar que: *“Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP”*.

Foi uma saída da Corte Suprema para compatibilizar a independência funcional do membro do Ministério Público com o possível arbítrio que esse poder conferiria à instituição, criando, então um controle interno provocado pelo juiz.

O Ministério Público de São Paulo em seu Enunciado n. 21 destaca que: *“A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento da política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado”*.

Ao menos em relação ao acordo de não persecução, o próprio legislador se antecipou à potencial controvérsia, quando no art. 28-A, §14 do CPP determina que 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.

Aqui, no entanto, há um problema de ordem prática. Com a reforma da Lei n. 13.964/2019, houve alteração na disciplina do art. 28 do Código de Processo Penal.

Até então, a disciplina do arquivamento esteve sujeita a uma função anômala de controle por parte do Juiz, sempre que o Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requeresse o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação. Então, o juiz, considerando improcedentes as razões invocadas, fazia remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, a quem caberia reexaminar as razões apresentadas pelo membro do MP.

Depois da reforma, o CPP passou prever que o próprio Ministério Público

ordenaria o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, dando ciência a vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhando os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma de lei regulamentadora no âmbito de cada Ministério Público. Ou seja, encerrou-se a intervenção judicial no ato de arquivamento do inquérito policial, criando uma revisão obrigatória.

A nova lei trouxe ainda a possibilidade de a vítima ou representante legal, bem como o órgão de representação judicial da União, dos Estados e Municípios, quando comunicados da decisão de arquivamento, apresentarem, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

Essa e outras modificações geraram muito debate em torno da reforma processual, com manifestações favoráveis e contrárias, estas últimas de índole predominantemente corporativa apresentadas magistratura e Ministério Público.

Não por outra é a razão de já termos quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 6298, 6299, 6300 e 6305) ajuizadas, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Partidos Podemos e Cidadania, Partido Social Liberal e CONAMP, questionando a constitucionalidade das novas disposições de lei.

Na ADI n. 6305, de iniciativa da CONAMP, foi postulada a suspensão da vigência da nova redação do art. 28, sendo deferida medida cautelar pelo Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, suspendendo monocraticamente e *sine die*, a eficácia do art. 28 do CPP com a nova redação da Lei n. 13.964/2019, ripristinando-se, portanto, a redação originária do art. 28 e o controle anômalo exercido pelo juiz.

Portanto, tanto o juiz como o investigado, antevendo a possibilidade de acordo de não persecução penal, poderão encaminhar o procedimento ao Procurador-Geral a quem caberá a palavra final sobre o cabimento do acordo de não persecução penal.

Outro pressuposto legal para o acordo diz respeito a um exame de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Não se pode deixar de registrar uma certa carga de subjetividade da norma com o emprego das expressões “*necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”.

A incorporação de elementos que fogem ao padrão da objetividade legislativa certamente estimulará o arbítrio do Ministério Público que poderá se valer dessa “válvula de escape” normativa para negar o acordo de persecução forçando a judicialização do debate sobre o cabimento da proposta.

Além deste critério revestido de subjetividade, o legislador estabelece uma série de condições ajustadas cumulativa e alternativamente: 1 – reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; 2 – renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 3 – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do 46 do Código Penal; 4 – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; 5 – cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Nota-se, portanto que a realização do acordo de não persecução pressupõe a confissão por parte do investigado e a aceitação quanto ao cumprimento da pena restritiva imposta pelo Ministério Público como condição ao negócio, abrindo-se se não das garantias do contraditório e ampla defesa.

Parece-nos que quanto maior a gravidade da infração praticada, mais intensa será a cumulatividade das obrigações previstas no acordo de não persecução. A ideia a ser incorporada é que o acordo tenha o caráter restaurativo (art. 28-A, I e II) e ressocializador (art. 28-A, III, IV e V).

### **3.2.1 Da avaliação da impertinência do acordo de não persecução penal**

O legislador estabelece algumas condicionantes para a pertinência do acordo de não persecução. A primeira delas encontra-se na combinação do caput do art. 28-A, com seu parágrafo primeiro e refere-se a um requisito objetivo, a quantidade de pena mínima cominada ao tipo penal.



O computo do prazo de 4 (quatro anos) deve levar em consideração a incidência de eventuais causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, as de aumento calculadas em sua fração máxima enquanto as de diminuição em sua fração mínima. Certamente, teremos ponto de vista diverso que defenda a aplicação do acréscimo mínimo nas causas de aumento e a redução máxima nas causas de diminuição, de modo a potencializar o instituto.

Não será possível firmar acordo de não persecução, nos termos do inciso I, do §2º do art. 28-A do CPP, caso a infração penal comporte transação penal sob o rito de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 76 da Lei n. 9.099/95). Há uma razão simples. As consequências da transação penal são menos rigorosas do que aquelas estabelecidas pelo legislador para o acordo de não persecução penal.

Portanto, em infrações penais que se amoldem tanto ao art. 76 da Lei n. 9.099/95 e ao art. 28-A do CPP, há direito subjetivo do indiciado em firmar transação penal em detrimento do acordo de não persecução.

De igual modo, restringe-se a possibilidade de acordo de não persecução quando o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, nos termos do inciso II, do §2º do art. 28-A do CPP.

O fato de já ter gozado de outros institutos negociais a exemplo da transação penal, da suspensão condicional do processo ou do próprio acordo de não persecução nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração é fator impeditivo, na forma do inciso III, do §2º do art. 28-A do CPP.

Por fim, em crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, impedem a adoção do acordo, conforme vedação contida no inciso IV, do §2º do art. 28-A do CPP. Há uma coerência do legislador nesse ponto, já que o art. 41 da Lei n. 11.340/2006, veda a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 no contexto dos crimes de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

Considerando que o art. 90-A da Lei n. 9.099/95 veda a aplicação de suas disposições e, conseqüentemente, os seus institutos despenalizadores, no âmbito da Justiça Militar e tendo em vista que o art. 18, §12 da Resolução CNMP n. 181/2017 já também restringia a aplicação do acordo de não persecução no âmbito

de crimes militares que afetassem a hierarquia e disciplina, possível antever a construção teórica quanto à inaplicabilidade do art. 28-A do CPP no âmbito do processo penal militar.

Argumentos também surgirão no sentido de que houve verdadeiro silêncio eloquente do legislador, tendo em vista que a Lei n. 13.964/2019 realizou alterações nos Códigos Penal e Processual Penal Militar.

Ainda que a corporação castrense esteja sujeita a hierarquia e disciplina e que os tipos do Código Penal Militar procurem preservar estas características, inegável que a legislação processual penal militar é ultrapassada e precisa ser modernizada à realizada constitucional e convencional.

### **3.2.2 Da formalização e consequências do acordo de não persecução penal**

Diante da necessidade de confessar a prática do delito, anuir com o cumprimento de pena restritiva de direitos antecipada e abrir mão de sua ampla defesa e contraditório, a lei exige que o acordo de não persecução penal seja formalizado (fase de discussão) por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público e pelo investigado na presença de advogado ou membro da Defensoria Pública, conforme §3º do art. 28-A do CPP.

Aqui inicia-se a segunda fase do negócio processual, onde o Ministério Público e as partes delinearão os termos do acordo de não persecução. A defesa deve primar para que a relação que se estabeleça com a acusação tenha estrutura paritária, ou seja, que seja possível debater os termos do acordo, evitando-se que o negócio processual não tome forma de um contrato de adesão.

A necessidade e suficiência prevista no caput do art. 28-A do CPP não deve se submeter a uma análise privativa do Ministério Público, sendo lícito à defesa técnica, durante a discussão, demonstrar à acusação eventual excesso nas condições impostas (caráter paritário da cláusula não persecutória).

Uma vez firmado o acordo de não persecução penal, ainda que confessado o delito e cominada sanção restritiva, a avença processual não constará da certidão de antecedentes criminais, exceto para fins de impedimento de gozo de um novo acordo de persecução durante o prazo de 5 (cinco) anos (art. 28-A, §2º, III do CPP), na forma do art. 28-A, §12 do CPP.

Tal como ocorre na suspensão condicional do processo (art. 89, §5º da Lei n.9.099/95) o cumprimento integral do acordo de não persecução penal, garante ao investigado a extinção de punibilidade, mediante decisão judicial.

Nota-se, portanto, que entre as inúmeras vantagens do acordo de não persecução penal temos: ausência de instauração de ação penal com incidência de custas processuais em caso de condenação; inoccorrência de reincidência em caso de cometimento de nova infração penal; não cominação de pena privativa de liberdade e pena de multa.

### **3.2.3 Da homologação do acordo de não persecução penal**

Apesar de o acordo de não persecução representar mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, nos mesmos moldes da transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, há participação judicial na terceira fase, a de homologação, de modo que o juiz possa controlar a validade das cláusulas avençadas, nos moldes do que ocorre no Código de Processo Civil, a luz do art. 190, parágrafo único.

O §4º do art. 28-A do CPP determina que a homologação do acordo de não persecução penal seja realizada em audiência na qual o juiz verificará voluntariedade do investigado, por meio da oitiva de oitiva na presença do seu defensor, além do próprio controle quanto a sua legalidade.

Curiosamente, o Ministério Público de São Paulo pretende não participar da audiência de homologação, como consta do Enunciado n. 26: “Não é obrigatória a participação do membro do Ministério Público na audiência de homologação do acordo de não persecução penal prevista no §4º do art. 28-A do CPP”.

O entendimento ministerial não encontra respaldo legal, principalmente porque na audiência de homologação pode ser possível que se realizem pequenos ajustes sem a necessidade de retornar a proposta, em uma perspectiva de aproveitamento de atos procedimentais.

Encare-se que a fase de proposição e discussão ocorre “em gabinete” no âmbito do Ministério Público, a quem caberá, em sua investigação direta ou através do inquérito policial convocar o investigado e sua defesa para comparecer em reunião de composição para discussão dos termos do acordo.

De acordo com a prerrogativa contida no art. 128, I da LC n. 80/94, os membros da Defensoria Pública detêm a possibilidade de intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista. Isso permite que a Defensoria Pública possa se obstar ao comparecimento na fase de debates perante o Ministério Público sem que haja o prévio envio da proposta de acordo de não persecução penal.

Esse envio da minuta permite que a Defensoria Pública possa, desde logo, sinalizar eventual desinteresse do investigado na realização do acordo de não persecução, anuir com os termos propostos ou preparar-se para debater alternativas às cláusulas do acordo em futura reunião.

Melhor seria se a fase de proposição fosse feita em gabinete e que a discussão e homologação fossem concentrados em um único ato perante o Poder Judiciário. Apesar de provisoriamente suspenso, o art. 3º-B, XVII do CPP prevê apenas que a homologação de acordo de não persecução penal fique a cargo do juiz das garantias.

Essa concentração de atos tornaria o processo de concretização do acordo de não persecução penal mais dinâmico, já que as condições seriam debatidas e o próprio juiz já controlaria a validade do acordo, abreviando-se as fases.

Por lei, caberá ainda ao Ministério Público, assegurar-se que o investigado esteja sempre acompanhado de advogado ou membro da Defensoria Pública nas duas fases (proposição e discussão), de modo que a voluntariedade do investigado possa ser confirmada por ocasião da homologação.

O acordo de não persecução poderá ser devolvido ao membro do Ministério Público, na forma do §5º do art. 28-A do CPP se o juiz verificar que as condições avançadas são inadequadas, insuficientes ou abusivas. Neste caso, há a necessidade de reformulação da proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Trata-se de regra similar à da colaboração premiada prevista no art. 4º, §8º da Lei n. 12.850/2013, que permite ao juiz recusar a homologação da proposta de colaboração que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

A Lei não deixou claro se a devolução do acordo é feita ao próprio órgão do Ministério Público que a elaborou de início ou se aqui também seria aplicável a regra do art. 28-A, §14 do CPP, encaminhando-se ao órgão superior para promover os ajustes, como forma de preservar a independência funcional.

Pensamos que o juiz deva encaminhar a proposta obstada ao próprio órgão do Ministério Público que a elaborou de início e se, o membro do Ministério Público entender pela sua adequação, deverá ele submetê-la a órgão superior, no caso, o Procurador-Geral de Justiça. Se o órgão de cúpula ratificar a proposta apresentada pelo membro, só restará ao juiz negar a sua homologação, na forma do §7º do art. 28-A do CPP.

Aqui há outra diferença quando comparado o acordo de não persecução com o *sursis* processual, na medida em que o art. 89, §2º da Lei n. 9.099/95 permitia a intervenção do juiz na proposta de suspensão, podendo ele especificar outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

No acordo de não persecução penal o legislador procurou preservar a iniciativa do Ministério Público e a necessária inércia do juiz, em linha do princípio acusatório que está previsto no art. 3º-A do CPP, temporariamente suspenso por decisão do Min. Luiz Fux no julgamento da Medida Cautelar nas ADIs ns. 6298, 6299, 6300 e 6305.

Com a homologação do acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao órgão do Ministério Público, a fim de que seja instaurado o incidente de execução perante o órgão jurisdicional com competência para execução penal, na forma do art. 28-A, §6º do CPP.

Pensamos que a depender das condições de cumprimento, a Vara de Execuções Penais possa deprecar a fiscalização do cumprimento das cláusulas do acordo na comarca onde seja domiciliado o investigado, de modo a não onerá-lo no adimplemento das obrigações penais.

Diferente da hipótese de devolução prevista no §5º, o juiz poderá recusar a homologação de proposta que não atenda aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação decorrente da prévia devolução (§5º).

Outra decorrência da homologação é a de que os autos serão devolvidos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, na forma do art. 28-A, 8º do CPP.

Há que se fazer uma crítica a hipótese de “complementação das investigações”. Se um dos requisitos para o acordo de não persecução penal era exatamente a inexistência de fundamentos para o arquivamento, isto representa afirmar que o Ministério Público dispunha de indícios suficientes de materialidade e

autoria para a instauração da ação penal, não fazendo sentido admitir que a investigação retomasse seu rumo.

#### **3.2.4 Da ciência da vítima quanto ao acordo de não persecução penal**

Seguindo a linha do art. 201, §2º do CPP que assegura ao ofendido o direito de ser comunicado dos atos processuais concernentes ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem, o art. 28-A, §9º do CPP também determina que a vítima seja intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

No entanto, o Código de Processo Penal não confere a vítima nenhum poder para se opor ao acordo de não persecução penal ou se manifestar sobre as condições impostas, realidade que também ocorre na transação penal e suspensão condicional do processo.

É importante o destaque que a fase de proposição e discussão não deve contar com a participação da vítima, já que ali pode ocorrer a confissão da conduta delituosa e esse comportamento tem reflexos na esfera privada.

Faça-se um destaque para o fato de que a Lei n. 13.964/2019 buscou empoderar a vítima de outra forma, a exemplo das regras constantes do art. 28, §§1º e 2º do CPP (provisoriamente suspenso por decisão em MC nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) ao permitirem a postulação de revisão da promoção de arquivamento do inquérito policial ou procedimento investigatório.

#### **3.2.5 Do descumprimento do acordo de não persecução penal e a necessidade do contraditório**

O descumprimento do acordo de não persecução penal é regulado nos §§10 e 11 do art. 28-A do CPP. 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.

Aqui, no entanto, parece-nos que antes da rescisão deva o juízo oportunizar o contraditório ao investigado, a fim de que se manifeste sobre a promoção do Ministério Público, com base no art. 10 do CPC<sup>36</sup>.

Apesar de o art. 15 do CPC/15 não determinar sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo penal, cremos que o art. 3º do CPP, quando admite a interpretação extensiva, aplicação analógica e o suplemento pelos princípios gerais de direito, mantém o elo de conexão com o ramo do direito processual.

Em todos os institutos processuais penais em que houver uma omissão e cuja disciplina processual civil seja expressa a respeito, parece-me que a aplicabilidade do novo CPC/2015 será de excelente utilidade, modernizando o processo penal e buscando alinhá-lo ao perfil democrático-constitucional, desde que o instituto não descaracterize os princípios norteadores do procedimento penal, especialmente os de índole constitucional e convencional.

No processo penal, tanto acusação quanto defesa técnica não só podem como devem participar, ou melhor, ter a oportunidade de cooperar, na construção da decisão judicial. Dentro da perspectiva de cooperação e influência impõe-se ao juiz o dever de clarificação e de consideração da contribuição das partes na relação processual. O diálogo do juiz com as partes, sempre que antever a possibilidade de utilização de fundamento ou qualificação jurídica diversa reflete a construção de um processo democrático.

Quando o art. 10 do novo CPC adverte ao juiz a impossibilidade de prolação de decisão sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar, ainda que a matéria deva ser decidida de ofício<sup>37</sup>, nos parece que o processo penal não deva seguir na contramão dessa regra.

O que se pretende evitar é a chamada “decisão-surpresa” e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio que

---

36 O mesmo pensamento é compartilhado pela Defensoria Pública de Minas Gerais, através do seu Enunciado n. 19: *Ante a notícia de descumprimento de condição estipulada no acordo de não persecução penal (artigo 28-A, §10, do CPP), em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente determinados, a análise da rescisão pressupõe a oitiva do investigado e da defesa técnica.*

37 “Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar o conteúdo da decisão.” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 79. Vol. I).

veda a possibilidade de utilização de argumentos que não tenham sido debatidos ou ao menos ventilados durante a relação processual.

Não pode o juiz, por ocasião da avaliação da rescisão do acordo e diante dos paradigmas aqui apontados, manifestar-se a esse respeito sem assegurar o contraditório. Há, portanto, um verdadeiro dever de consulta, oriundo da própria cooperação processual<sup>38</sup>.

Decretada a rescisão do acordo de não persecução penal em razão de descumprimento pelo investigado e oferecida a denúncia, poderá o Ministério Público deixar de apresentar proposta de *sursis* processual, quando cabível, utilizando como motivação o inadimplemento do acordo anteriormente firmado (art. 28-A, §11 do CPP).

Aqui também caberá ao juiz analisar os motivos do descumprimento e ponderar se aquelas razões podem, de algum modo, também frustrar o cumprimento de eventuais condições da suspensão condicional do processo.

Interessante notar que o legislador não tornou a prática de nova infração penal como motivo justificador da revogação do acordo de não persecução penal, tal como prevê nos §§3º e 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, na parte que trata das hipóteses de revogação obrigatória e facultativa do *sursis* processual.

### **3.2.6 Impedimento do prazo prescricional**

O art. 116, III do Código Penal foi alterado pela Lei n. 13.964/2019 prevendo que não correrá o prazo prescricional enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

Evita-se com a disposição que o investigado aceite acordo de não persecução penal com o fim escuso de estimular a ocorrência da prescrição durante o prazo de cumprimento das condições.

## **4 PARÂMETROS DE OBSERVÂNCIA PELA DEFESA TÉCNICA**

Quando analisamos a estrutura do Ministério Público, percebemos que o órgão

---

<sup>38</sup> “O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se.” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 129. Vol. I).



dispõe do suporte da Polícia Judiciária (que conta com investimento do Estado) e também de seus próprios departamentos, a exemplo dos grupos de apoio técnico especializado, o que não ocorre em relação à defesa técnica.

Por outro lado, o imputado não dispõe de equivalente aparato para a realização de diligências de seu interesse, contando apenas com a disponibilidade restrita do Delegado de Polícia que aceite realizar atos de investigação na forma e condições do art. 14 do Código de Processo Penal.

Então, pretendemos abordar neste tópico, alguns aspectos que devam ser observados pelo defensor por ocasião do exercício da defesa técnica no acordo de não persecução penal, garantindo que o investigado tenha representação adequada.

#### **4.1 A presença da defesa técnica em todas as fases do acordo de persecução (proposição, discussão, homologação e cumprimento)**

No campo processual penal, a defesa técnica é exercida pelos advogados regidos pela Lei n. 8.906/94 e pela Defensoria Pública, cujo regramento se extrai da Lei Complementar n. 80/94. A figura de uma instituição estatal, dotada de autonomia funcional, administrativa e financeira é um modelo de serviço custoso, mas que se apresenta como densificador do direito à assistência jurídica das pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua finalidade estatutária<sup>39</sup>, que não possuem recursos financeiros para contratar um advogado para o exercício de pretensões<sup>40</sup>.

Quando voltamos nosso olhar para o texto constitucional, especificamente o art. 5º, LV da CRFB, percebemos a preocupação do constituinte, quando confere a todos os acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

---

39 O Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado n. 481 de sua Súmula, reconhecendo às pessoas jurídicas que enfrentem insuficiência de recursos o direito a assistência jurídica, enquanto que o art. 4º, V da Lei Complementar n. 80/94 reconhece a possibilidade de a Defensoria Pública prestar assistência jurídica a estes entes.

40 “A Defensoria Pública é fruto da compreensão de que o próprio fenômeno jurídico é multifacetado e demanda enfrentamento inovador, múltiplo e corajoso, na exata medida em que não só a comunidade jurídica, mas principalmente os destinatários dos serviços de todo o Sistema de Justiça já identificaram e denunciaram a (famosa) falta de efetividade, e exigem sua superação com a prestação de um serviço eficiente sob todos os pontos de vista (muito longe, alias, da atuação rasa de quem se contenta em simplesmente seguir modelos legais sem preocupação com o resultado prático do que desenvolve).” (KETTERMANN, Patricia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015. P. 24.).

No plano internacional, o art. 8º, 2, 'd' e 'e' da Convenção Americana de Direitos Humanos é o norte central de proteção da garantia do devido processo legal.

A alínea 'd' do referido tratado contempla o direito de qualquer acusado se defender pessoalmente ou ser patrocinado por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com ele. Ao mesmo tempo, e já com foco na questão da hipossuficiência econômica e da indispensabilidade da defesa técnica, a alínea 'e' prevê o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não.

A nível internacional Vladimir Aras<sup>41</sup> destaca que tanto a Suprema Corte dos Estados Unidos da América como a Corte Europeia de Direitos do Homem preconizam a necessidade de participação da defesa técnica, em caráter efetivo, na fase de discussão do acordo penal.

No julgamento do caso *Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia*, a Corte Europeia reconheceu a alegação dos imputados de que a aplicação do acordo penal dependeria da ciência de todos os elementos que gravitam em torno da imputação e da própria assessoria de uma defesa técnica<sup>42</sup>.

Razão de decidir semelhante é encontrada no caso *Missouri vs. Frye* decidido pela Suprema Corte dos EUA, onde a aplicação de um benefício negociado exige o prévio e completo entendimento do imputado a respeito do conteúdo e das consequências do acordo, mediante orientação adequada a ser prestada pela defesa técnica<sup>43</sup>.

---

41 ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: Uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 311.

42 "92. The Court thus observes that by striking a bargain with the prosecuting authority over the sentence and pleading no contest as regards the charges, the first applicant waived his right to have the criminal case against him examined on the merits. However, by analogy with the above-mentioned principles concerning the validity of such waivers, the Court considers that the first applicant's decision to accept the plea bargain should have been accompanied by the following conditions: (a) the bargain had to be accepted by the first applicant in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner; and (b) the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review". (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. Caso *Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia*. 2014. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-142672"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{); acesso em 22 nov. 2018).

43 "2. As a general rule, defense counsel has the duty to communicate formal prosecution offers to accept a plea on terms and conditions that may be favorable to the accused. Any exceptions to this rule need not be addressed here, for the offer was a formal one with a fixed expiration date. Standards for prompt communication and consultation recommended by the American Bar Association and adopted by numerous state and federal courts, though not determinative, serve as important guides. The prosecution and trial courts may adopt measures to help ensure against late, frivolous, or fabricated claims. First, a formal offer's terms and processing can be documented. Second, States

A escolha do profissional ou órgão encarregado da elaboração da defesa técnica recai única e exclusivamente no acusado. Não pode o magistrado ou o Ministério Público, por ocasião do acordo de não persecução querer impor defesa técnica ao investigado.

O Ministério Público deve se revestir de todas as cautelas necessárias para que o investigado possa, por livre escolha, indicar advogado de sua confiança ou a Defensoria Pública para acompanhá-lo nas fases de proposição, discussão, homologação e cumprimento. Pensamos, inclusive, que a presença do defensor não pode ocorrer a título pró-forma, apenas como testemunha instrumentária do ato.

O imputado deve contar com uma defesa técnica capacitada para expor toda a dinâmica do processo penal brasileiro, as vantagens e desvantagens de se submeter à persecução penal ou anuir com o acordo, bem como as obrigações assumidas naquela avença<sup>44</sup>.

Por tais razões, parece-nos temerária a realização de acordos de não persecução penal em sede de audiência de custódia, dada a imediatidade do ato e a falta de tempo e elementos para uma avaliação acurada dos fatos. Reconheça-se, no entanto, inexistir impeditivo à realização do acordo nesse ato de controle da legalidade da prisão.

É importante deixar claro que só é possível admitir uma negociação justa quando estamos diante de um “jogo de cartas abertas” no qual o investigado conhece todos os elementos de convicção produzidos em seu desfavor e dispõe de meios próprios para colher elementos que possam ser apresentados como contradita ao material de que dispõe o órgão persecutório.

Hoje o Código de Processo Penal contempla a disciplina da cadeia de custódia cuja quebra pode ter repercussão no material probatório e na sua própria

---

may require that all offers be in writing. Third, formal offers can be made part of the record at any subsequent plea proceeding or before trial to ensure that a defendant has been fully advised before the later proceedings commence. Here, as the result of counsel’s deficient performance, the offers lapsed. Under Strickland, the question then becomes what, if any, prejudice resulted from the breach of duty. Pp. 8–11.” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Caso Missouri vs. Frye. 2012. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/134/> acesso em 22 nov. 2018).

44 “À toda evidência, o acordo de não persecução penal somente poderá ser firmado na presença do defensor do investigado, conforme estabelece a nova redação do §3º do art. 18 da Resolução 181 do CNMP, contudo, ressaltamos a necessidade de garantir ao investigado a escolha de seu advogado, como mecanismo de autodefesa”. (MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 352).

credibilidade, o que exigiria do membro da defesa técnica maior apuro na análise do acordo no calor do evento criminoso.

Nessa linha de ideias, torna-se também importante compreender que a autodefesa e a defesa técnica, apesar de integrarem o princípio da ampla defesa, com ele não se confundem e possuem características próprias, materializadoras do direito de defesa<sup>45</sup>.

A importância da defesa técnica no momento do debate da construção do acordo de não persecução reside no fato de que o profissional da defesa, de posse do inquérito policial ou procedimento investigatório, verificará a presença dos indícios de materialidade e autoria necessários a instauração da persecução penal e justificadores do acordo.

Convencido, então, de que a proposta é plausível, passa a fase de discussão e a defesa deve se entrevistar com o investigado de modo a verificar se é o seu intento confessar a conduta delituosa para fazer jus ao benefício. Esse momento, realizado através de entrevista pessoal e reservada (prerrogativa dos advogados e membros da Defensoria Pública), é de extrema importância, já que o negócio processual exige voluntariedade e consciência dos reflexos do acordo.

Importante notar que essa fase de proposição e discussão ocorre “em gabinete” no âmbito do Ministério Público, a quem caberá, em sua investigação direta ou através do inquérito policial convocar o investigado para comparecer em reunião para discussão dos termos do acordo.

Isto significa dizer que em razão da autonomia da Defensoria Pública, do princípio do defensor natural (art. 4º-A, IV da LC n. 80/94) e da discricionariedade técnica do advogado, deve o Ministério Público agir de forma concertada na marcação da reunião, respeitando as particularidades e prerrogativas destes profissionais.

A aquiescência com o acordo de não persecução penal não deve ser enxergada como um ato instantâneo. Penso que o investigado e a defesa técnica possuem o direito de pensar e analisar a proposta, devendo ser concedido o prazo de 10 (dez) dias, em analogia com o prazo da Resposta do réu prevista no art. 396-

---

45 “El derecho a defenderse en un complejo que integra una serie de garantías tales como la igualdad de armas; la presunción de inocencia; el derecho a un tribunal imparcial e independiente; el derecho a ser juzgado en plazo razonable; el derecho a guardar silencio; el derecho a ser oído y el derecho a presentar pruebas y otras que, en conjunto, conocemos como el derecho a un juicio justo.” (LANGEVIN, Julián Horacio. **Sin defensa no hay juicio**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editores, 2013.p. 35).

A do CPP, para comparecerem à reunião de composição

Caberá ainda ao Ministério Público, assegurar-se que o investigado esteja sempre acompanhado de advogado ou membro da Defensoria Pública nas duas fases (proposição e discussão), de modo que a voluntariedade do investigado possa ser confirmada por ocasião da homologação.

O art. 28-A, §3º do CPP condiciona a validade do acordo de não persecução penal a assinatura dos seus termos pelo membro do Ministério Público, investigado e defesa técnica. Todavia, a atuação defensiva não se encerra no aceite do acordo.

Como o art. 28-A, §4º do CPP submete o acordo de não persecução penal a homologação em audiência, teremos aqui na terceira fase (homologação) uma nova intervenção defensiva, devendo o juízo respeitar a atribuição do órgão correspondente da Defensoria Pública, mediante intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista.

Por fim, com a remessa dos autos do inquérito ou procedimento investigatório onde foi encartado o acordo de não persecução ao juízo com competência para execução penal, teremos uma última atuação defensiva, que acompanhará o cumprimento dos termos do negócio e assegurará o contraditório sempre que houver questionamento ou alegação de descumprimento de alguma cláusula, conforme enunciado n. 19 da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

#### **4.2 A utilização do inquérito defensivo como forma de orientar a atividade persecutória na avaliação da pertinência do acordo de não persecução**

O tema da investigação criminal defensiva, aqui nominado investigação direta pela defesa, tem merecido novos olhares da doutrina em razão do recente Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB, que regulou a atividade em prol da advocacia.

A investigação direta desenvolvida pela defesa guarda relação com os princípios constitucionais e convencionais da ampla defesa e do contraditório, em paralelo ao chamado direito à prova no processo penal.

Quando a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 8º, itens 1 e 2, 'b', 'c', 'd', 'e' e 'f', as garantias judiciais mínimas para o acusado e dali se extrai o direito à atividade probatória, especialmente quando são assegurados a defesa técnica, o tempo e os meios necessários para preparação da defesa.

A menção à defesa técnica e aos meios para a preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização dos recursos e meios de provas admitidos no ordenamento jurídico.

Por trás do direito a um defensor e da garantia de tempo e dos meios necessários para o exercício da defesa se insere a possibilidade de produzir provas na relação processual e, conseqüentemente, o direito à realização da busca e coleta de informações de interesse da defesa.

A investigação defensiva, como bem pontua André Mendes, é: “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa”<sup>46</sup>.

Na atividade de investigação direta o papel da defesa técnica é arrecadar informações e elementos que possam direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória e nortear a proposição das provas na relação processual, permitindo que ambas as partes tenham o controle e a previsibilidade de suas ações no processo.

Essa arrecadação de informações ocorre através da realização de diligências com o propósito exclusivo de identificar elementos que possam favorecer a sua situação jurídica, sem a necessária preocupação com a apuração da verdade. A defesa poderá, entretanto, agir imbuída no espírito de clarificação da verdade, trazendo ao conhecimento da acusação informações negligenciadas pelos órgãos de Polícia Judiciária<sup>47</sup>, de acordo com a impressão de Susan Haack.

Entretanto, se é fato que o direito à produção probatória se extrai da ampla defesa e do devido processo legal, não podemos nos esquecer de que nosso sistema busca preservar a segurança jurídica. Assim, para a validade do que denominamos de binômio validade/veracidade da informação colhida pela defesa,

---

46 MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

47 “A atividade de um investigador é descobrir a verdadeira resposta à sua pergunta; portanto, sua obrigação é buscar as evidências que ele puder e avaliar o mais razoavelmente possível. Então, novamente, estritamente falando, “investigador desinteressado e imparcial é meio que um pleonasma; um investigador interessado e tendencioso e um oximoro. Mas na vida real, obviamente, é muito mais confuso. Provavelmente ninguém é de integridade intelectual sólida, e até os mais honestos inquiridores têm seus preconceitos e pontos cegos; e um defensor ansioso para evitar ser pego de surpresa pode perguntar com escrupulosa meticulosidade. (tradução livre)” (HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 30).

nada mais natural que haja uma regulamentação sobre o tema, de modo a conferir maior fiabilidade ao conteúdo do inquérito defensivo.

Assim, os meios atípicos<sup>48</sup> de coleta de informações no curso da investigação defensiva poderão ser empregados desde que moralmente legítimos e mesmo que não expressos nas normas do Código de Processo Penal.

Diversos são os atos típicos de investigação direta, a exemplo da colheita e registro de depoimentos, a requisição de documentos e informações, os Exames e contraprova pericial, o exame de local, o depoimento de especialistas e apoio de equipes multidisciplinares, o acesso aos bancos de dados públicos e às informações pessoais do imputado e a coleta de dados pessoais da vítima e de seu comportamento em espaços públicos, tudo é claro em um ambiente de licitude e lealdade.

Dentre vários escopos, a investigação direta pela defesa se prestará a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria.

É por isso que o aspecto negocial do sistema processual moderno demanda do imputado que a incorporação da investigação defensiva se torne uma verdadeira bússola, permitindo que o defensor interprete o “melhor norte” a ser seguido, avaliando se a proposta de acordo de não persecução é o melhor rumo a ser tomado.

---

48 “No primeiro caso, seriam então atípicos os eventuais instrumentos não previstos em lei, embora não seja fácil identificar meios diversos daqueles já referidos pelo legislador, dado que as fontes de prova são limitadas, assim como o são as possíveis modalidades da função representativa. Isso vale até para os meios resultantes do desenvolvimento tecnológico porque se reduzem sempre às noções de documento ou perícia, submetendo-se às regras que disciplinam tais modalidades probatórias.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DSJ Ed., 2005. p. 303-318, p. 314).

Para os profissionais da defesa que já realizam a investigação direta, a utilização de um inquérito defensivo pode ser muito pertinente na fase de proposição e discussão do acordo de não persecução penal.

E como a investigação defensiva não é estanque e pode ocorrer após o cometimento do crime, durante a fase de investigação, da ação penal e até mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória, o seu resultado pode estimular a revisão ou rescisão do acordo por iniciativa do próprio investigado.

### **4.3 A divergência entre autodefesa e defesa técnica no tocante à aceitação do acordo de não persecução**

Questão tormentosa tem sido determinar qual a vontade prevalecente na hipótese de conflito entre a vontade do assistido e a vontade da defesa técnica – seja quando o desejo de firmar o acordo do investigado se contrapõe a manifestação de impertinência do negócio externa pelo defensor.

No campo processual penal esse conflito se afigura bastante comum em matéria recursal, pois o acusado e a defesa técnica devem ser autonomamente intimados da sentença e da decisão de pronúncia (arts. 392 e 420 do CPP).

Em virtude disso, restam apresentadas duas manifestações de vontade distintas no processo: a primeira, externada pelo acusado no momento em que informa ao oficial de justiça seu desejo de recorrer ou de não recorrer da decisão; e a segunda, externada pelo Defensor Público ao interpor ou ao deixar de interpor o competente recurso.

Por conta dessa autonomia de manifestação, muitas vezes os acusados mais humildes acabam declarando ao oficial de justiça que não desejam recorrer da decisão condenatória, com receio de contrariar o juiz prolator ou com medo de ver sua pena agravada pelo tribunal. Nesses casos, poderia a manifestação recursal do Defensor Público prevalecer sobre a vontade do acusado, garantindo a remessa dos autos ao reexame pela superior instância?

A situação inversa também pode ser encontrada, com relativa frequência, no procedimento bifásico do tribunal do júri, quando o acusado é intimado da decisão de pronúncia. Em se tratando de réu preso, a interposição de recurso geralmente acarreta apenas o prolongamento do período de encarceramento e a postergação do julgamento em plenário, onde sabidamente o acusado possui melhores chances



de absolvição do que teria em eventual sede recursal.

No entanto, sem compreender esse quadro de probabilidades jurídicas e desconhecendo o próprio significado da decisão de pronúncia, o réu muitas vezes acaba manifestando irrefletidamente o desejo de recorrer ao ser intimado pelo oficial de justiça. Nessa hipótese, poderia a manifestação do Defensor Público prevalecer sobre a vontade do acusado, evitando a protelatória e prejudicial remessa dos autos ao Tribunal de Justiça?

Ao enfrentar esses questionamentos e ao determinar qual seria a vontade prevalecente na hipótese de conflito entre assistido e Defensoria Pública, a doutrina restou dividida em duas correntes distintas.

De acordo com parcela da doutrina, a titularidade do direito de recorrer pertenceria exclusivamente ao acusado, não podendo a manifestação da Defensoria Pública se sobrepôr à vontade do assistido; afinal, quem teria sucumbido seria o denunciado e não seu defensor. Além disso, o direito de recorrer seria renunciável e o denunciado, ao manifestar seu desejo de não interpor recurso, estaria exercendo um direito assegurado em lei. Por fim, sustentam que o recurso teria como característica a voluntariedade, não sendo admitida a figura do recurso contra a vontade do sucumbente.

Seguindo essa linha de raciocínio, defende o renomado professor DAMÁSIO E. DE JESUS, *in verbis*:

Réu que, intimado pessoalmente, diz que não quer apelar. Apelação do defensor: a) não conhecimento do recurso: RT 501/314; b) conhecimento do recurso: RT 520/423, 538/325, 538/371, 547/326, 577/371, 597/289, 602/365 e 702/362; RJDTACrimSP 8/256. Nossa posição: a titularidade do direito de recorrer pertence ao réu, não ao defensor. Nesse sentido: JTACrimSP 68/374. Tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa o defensor apelar contra a vontade do réu (...). Se réu pessoalmente renunciou ao direito de apelar, tendo recorrido o defensor, subindo os autos, deve o tribunal homologar a renúncia, não sendo caso de não conhecimento. (JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1988, pág. 381)

Do mesmo modo, alguns precedentes mais antigos do Supremo Tribunal Federal já chegaram a reconhecer a inadmissibilidade do recurso interposto pela defesa técnica, quando o réu expressamente manifesta seu desejo de não recorrer da sentença:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. RÉU QUE RENUNCIA AO DIREITO DE RECORRER. VALIDADE. INTERPOSIÇÃO SUPERVENIENTE DE APELAÇÃO CRIMINAL POR SEU DEFENSOR. INADMISSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL A

QUO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. O exercício do direito de recorrer em sede processual penal reveste-se de caráter voluntário. Assiste ao condenado, desse modo, a faculdade de livremente renunciar, por ato próprio, a interposição do recurso criminal cabível. Precedentes. Não se conhece de recurso criminal interposto pelo defensor, se o acusado, em momento anterior, e por ato pessoal, vem a renunciar, validamente, ao direito de apelar contra a sentença que o condenou. A decisão do Tribunal que, em tal circunstância, não conhece desse recurso não ofende a cláusula constitucional que assegura aos acusados a plenitude de defesa em juízo penal. (STF – Primeira Turma – RE nº 140869/RJ – Relator Min. CELSO DE MELLO, decisão: 19-11-1991)

Em sentido oposto, uma segunda corrente sustenta que a manifestação técnica do Defensor Público deve prevalecer sobre a vontade do assistido, tendo em vista possuir aquele melhores condições de avaliar a necessidade e a conveniência de interposição do recurso. Esse posicionamento busca privilegiar a ampla defesa e prevenir a ocorrência de injustiças, cujos efeitos são nefastos no âmbito penal<sup>49</sup>.

Importante salientar, ainda, que o art. 577 do CPP confere legitimidade para recorrer concorrentemente ao Ministério Público, ao querelante, ao réu, ao seu procurador e ao seu defensor. Em virtude dessa legitimação concorrente ou disjuntiva, o defensor constituído ou nomeado possui não apenas capacidade postulatória para recorrer em nome do acusado, mas também legitimação própria para interpor autonomamente o recurso.

Da mesma forma, não tem o réu apenas legitimação para recorrer – fato que decorre naturalmente de sua condição de parte da relação jurídico-processual –, sendo dotado também de capacidade postulatória para realizar a interposição do recurso, independentemente da intervenção de advogado ou de Defensor Público<sup>50</sup>.

Assim, estando acusado e defensor concorrentemente legitimados a recorrer, não existe razão para que o tribunal deixe de conhecer recurso interposto exclusivamente pela defesa técnica, mesmo que o acusado tenha manifestado expressamente seu desejo de não recorrer.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que o desejo externado pelo acusado de não recorrer da sentença não

---

49 De acordo com Sérgio Demoro Hamilton, “sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição de apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo expert em favor do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal.” (HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pág. 121)

50 GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 76.

impede o conhecimento do recurso pela superior instância, conforme enunciado 705 da Súmula: “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”.

No caso oposto, quando o acusado deseja recorrer e o Defensor Público entende ser inconveniente a remessa dos autos ao tribunal, deverá também prevalecer a manifestação da defesa técnica, que possui melhores subsídios para determinar a necessidade e a conveniência da interposição do recurso, não estando afastada a possibilidade de responsabilização funcional quando evidenciada a desídia.

Pensamos, no entanto, que em matéria de acordos de não persecução penal, a manifestação de vontade prevalente deva sempre ser do investigado, seja pela realização ou objeção ao acordo de não persecução penal, tendo em vista que ele é quem suportará os efeitos de uma sentença condenatória, caso renuncie à proposta de acordo.

Ao mesmo tempo, se anui com o negócio processual, o faz ciente de sua responsabilidade e após entrevista prévia com sua defesa técnica, avaliando que para sua situação pessoal, a renúncia de certas garantias lhe é mais compensadora.

Nesse conflito de vontades, nada impede que o Defensor Público possa registrar sua opinião pessoal contrária ao negócio processual, mas não me parece ser hipótese de aplicação do art. 4º, §8º e art. 128, XII da LC n. 80/94 permitindo-se que o Defensor Público possa se recusar em atuar na assinatura do acordo de não persecução.

#### **4.4 A recorribilidade e impugnação do acordo de não persecução**

O Código de Processo Penal não prevê meios de impugnação contra o acordo de não persecução penal, notadamente sobre a presença de indícios de materialidade e autoria para a deflagração da penal, como obstáculo a sua realização ou quando apesar de ajustados os seus termos, houver recusa judicial no tocante à sua homologação.

Apesar de inúmeras as possibilidades, possível já antever o interesse defensivo em três situações claras: 1 – acordo ofertado pelo MP sem que haja justa causa para ação penal; 2 – acordo não ofertado pelo MP, inobstante a presença dos

requisitos legais; 3 – acordo firmado pelas partes com negativa judicial de homologação.

Como vimos nesse estudo, o pressuposto para a elaboração do negócio processual é exatamente a não configuração de hipótese de arquivamento do inquérito policial ou procedimento investigatório.

Em um primeiro momento, seria possível admitir a impetração de *Habeas Corpus* para discutir aspectos da conveniência acordo de não persecução quando ausentes elementos que suportem uma imputação penal, ante o risco potencial do direito de locomoção com eventual instauração da ação penal seja pela negativa do Ministério Público no seu oferecimento ou quando houver negativa judicial à sua homologação.

Acórdão antigo do Supremo Tribunal Federal já admitira a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* para discutir justa causa em hipótese de aceitação da transação penal, conforme decisão abaixo transcrita:

1. AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de garrafa de vinho estimada em vinte reais. Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Extinção do processo. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e conseqüente inexistência de justa causa.
  2. AÇÃO PENAL. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Ação penal destituída de justa causa. Conduta atípica. Aplicação do princípio da insignificância. Trancamento da ação em habeas corpus. Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada
- STF - HABEAS CORPUS 88393-1 – Origem: RJ - RIO DE JANEIRO - Relator: MIN. CEZAR PELUSO

Pensamos que o investigado ou a defesa podem, durante o cumprimento das cláusulas, terem acesso a elementos de formação do convencimento que justifiquem a revisão dos termos do acordo de não persecução penal, surgindo o interesse na sua desconstituição com vistas a obtenção do arquivamento da investigação.

Todavia, é importante registrar que o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, decidiu que a aceitação de transação penal pelo autor do fato o impede de discutir a própria justa causa para a ação penal, conforme vemos da transcrição abaixo:

A defesa impetrou, perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *habeas corpus*, no qual aduziu a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa para a ação penal. Nesse interregno, sobreveio alteração da capitulação legal dos fatos narrados e, por conseqüente, a

formulação de proposta de transação penal, que foi aceita pela defesa, razão pela qual o referido *writ* foi julgado prejudicado de forma monocrática. A transação penal, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, prevê a possibilidade de o autor da infração penal celebrar acordo com o Ministério Público (ou querelante), mediante a imposição de pena restritiva de direitos ou multa, obstando, assim, o oferecimento da denúncia (ou queixa). Trata-se de instituto cuja aplicação, por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual. Por conseguinte, visa impedir a instauração da *persecutio criminis in iudicio*. E é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal. Trata-se de decorrência lógica, pois não há ação penal instaurada que se possa trancar. Por fim, vale asseverar que a impossibilidade de impetração de *habeas corpus* neste caso não significa malferimento à garantia constitucional insculpida no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal. Tal entendimento decorre da constatação de que, por acordo das partes, em hipótese de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, deixou-se de formular acusação contra o acusado, possibilitando a solução da *quaestio* em fase pré-processual, de forma consensual. Portanto, seria incompatível e contraditório com o instituto da transação permitir que se impugne em juízo a justa causa de ação penal que, a bem da verdade, não foi deflagrada. STJ - HC 495.148-DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, por maioria, julgado em 24/09/2019, DJe 03/10/2019

Adotando a mesma premissa para os acordos de não persecução penal, pode ser possível antever jurisprudência restritiva quanto à possibilidade de se discutir termos de acordo já homologado e em cumprimento. Ao menos a via para impugnação de comportamentos ministeriais ou judiciais que afastem o instituto permanecerá aberta através do remédio garantidor do direito de locomoção.

#### 4.5 As regras de direito intertemporal

Aspecto sempre importante em relação às reformas penais e processuais penais diz respeito ao período de transição, sendo necessário enfrentar os conflitos de direito intertemporal advindos da vigência da Lei n. 13.964/2019 no tocante ao art. 28-A do CPP.

Pensamos que a incidência das novas normas atinentes ao acordo de não persecução penal nos leva a analisar os seguintes questionamentos: 1 – Suas disposições se aplicam aos crimes praticados antes de sua vigência? 2 – É possível celebrar acordo de não persecução em relação as investigações instauradas antes da entrada em vigor da lei; 3 - É possível celebrar acordo de não persecução em relação as ações penais instauradas antes da entrada em vigor da lei; 4 - É possível celebrar acordo de não persecução em relação a condenações já transitadas em julgado?

Sobre a primeira indagação, parece-nos que a norma do art. 28-A, apesar de encartada no corpo do Código de Processo Penal não possui caráter preponderantemente processual, mas deve ser lida como uma norma de conteúdo misto, ou seja, aspecto penal e processual penal.

O acordo de não persecução penal interfere não só no exercício da pretensão acusatória, mas também na pretensão punitiva, já que é causa de extinção da punibilidade, na forma do art. 28-A, §13 do CPP<sup>51</sup>.

A questão, por esse aspecto, mereceria solução a partir das disposições do art. 2º do Código de Processo Penal que apresenta norma responsável pela solução das questões intertemporais provenientes do influxo de normas processuais em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, a lei processual tem aplicação imediata, respeitando-se a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (teoria do isolamento dos atos processuais). Entretanto, como exposto linhas acima, a norma aqui analisada, inobstante apresentar caráter processual penal, repercute no campo do Direito Penal, de sorte que a solução não se dá pela mera aplicação do art. 2º do Código de Processo Penal, diante do prejuízo ao investigado.

Parece-nos que se praticada a conduta antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, deve ser oportunizada a possibilidade de acordo de não persecução penal, com base no princípio da retroatividade previsto no art. 5º, XL da CRFB somado ao princípio da imediatidade das normas processuais penais.

A segunda pergunta parece ser respondida sob o mesmo fundamento da primeira. Ainda que o inquérito policial ou procedimento investigatório do Ministério Público tenha sido instaurado antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, parece-me possível admitir que os princípios da retroatividade da lei penal mais benigna e da imediatidade das normas processuais devam assegurar ao investigado o direito de ter o acordo de não persecução, caso preenchidos os requisitos legais. Neste sentido, destacamos o art. 1º, parágrafo único da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP n. 20/2020 do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que admite a

---

51 “Dessa forma, fácil concluir que uma norma que verse sobre ação penal é norma processual penal, porquanto a ação é instituto do Direito Processual, como um direito instrumental para fazer valer em juízo uma pretensão. É o instrumento provocador da jurisdição e que vai realizar-se no processo. Ora, é por meio da ação penal que o Estado torna efetivo o seu direito de punir. Logo, a ação é instituto eminentemente processual. Entretanto, às vezes, numa norma sobre ação podem coexistir “prevalentes caracteres de derecho penal material”. Quando tal ocorre, aplicam-se os princípios da temporalidade das leis penais”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pp. 117.Vol. I).

realização do acordo de não persecução para fatos anteriores a vigência da lei e até o momento da denúncia.

A terceira pergunta reveste-se de maior complexidade. Em relação às ações penais que foram iniciadas antes da reforma seria possível, de forma incidental, suspender o seu andamento para que fosse apresentada proposta de acordo de não persecução.

A ideia do instituto, como sua própria denominação alerta, é evitar a persecução penal. Então, uma vez iniciada a ação penal seria despropositado o oferecimento da proposta. Entretanto, não nos parece que essa visão reducionista possa obstar a realização do acordo com o objetivo de interromper a persecução.

O art. 2º do Código de Processo Penal é expresso ao reconhecer a aplicabilidade imediata das normas processuais, sem prejuízo dos atos praticados sob a égide da lei antiga.

A situação aqui não apresenta solução de fácil conclusão. Como é cediço, em matéria processual, a aferição das condições para o regular exercício do direito de ação ocorre até o momento da prolação da sentença<sup>52</sup>.

Entretanto, tomando como premissa o fato de que o art. 28-A do CPP representa norma de natureza mista (penal e processual penal), parece-nos que deva ser também oportunizado, nos processos em curso, em qualquer grau de jurisdição, a possibilidade de acordo de não persecução penal, com base no princípio da retroatividade da norma penal previsto no art. 5º, XL da CRFB.

Nesse sentido, o Enunciado n. 17 da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais afirma que: “*O artigo 28-A do CPP é aplicável aos feitos em curso e em qualquer fase processual, visto que se trata de norma que também possui caráter penal e consiste em direito subjetivo do indivíduo.*”

Por fim, considerando os efeitos benéficos que o acordo de não persecução pode trazer à esfera individual do apenado, defendemos também a possibilidade de aplicação por ocasião da condenação, inclusive com trânsito em julgado, desfazendo-se todos os seus efeitos, a exemplo da aplicação de pena privativa de liberdade e reincidência, tudo com base no art. 5º, XL da CRFB, criando-se uma

---

<sup>52</sup> Esta concepção é consequência da adoção da teoria da asserção, eis que as condições para o regular exercício do direito de ação são feitas a partir das alegações feitas pelo autor na inicial (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 122). Todavia, não se pode deixar de levar em consideração que a ação penal tem contornos distintos das demandas reguladas pelo Código de Processo Civil. Ao receber a queixa-crime o magistrado criminal realiza um juízo de delibação, analisando regularidade da peça acusatória.

situação em que a condenação penal seja equiparada ao resultado decorrente da assinatura e homologação de um acordo de não persecução.

#### **4.6 A vantajosidade da suspensão condicional do processo em detrimento do acordo de não persecução penal**

Do ponto de vista da ordem procedimental, resta claro pela leitura do art. 28-A do CPP que o acordo de não persecução antecede a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

No entanto, se comparadas as condições e as consequências do acordo de não persecução e da suspensão condicional do processo, perceberemos, que o *sursis* processual tem efeito menos gravoso na esfera do imputado.

Em primeiro lugar, o acordo de não persecução penal exige: 1 – confissão formal do crime; 2- reparação do dano ou restituição da coisa; 3 – cumprimento de prestação de serviço à comunidade, prestação pecuniária ou outra condição indicada pelo Ministério Público.

A suspensão condicional do processo exige: 1 – período de prova de 2 (dois) a 4 (quatro) anos; 2 – reparação do ano; 3 – proibição de frequentar lugares e de se ausentar da comarca onde reside sem autorização judicial; 4 – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; 5 – imposição de outras condições adequadas ao fato e indicadas pelo juiz.

Do ponto de vista das consequências, ambos os institutos possuem o mesmo efeito: 1 – impossibilidade de gerar reincidência; 2 – levar a extinção da punibilidade. Nessa linha de ideias, parece-nos que o acordo de não persecução penal em relação aos crimes que comportem suspensão condicional do processo mereça um tratamento mais suavizado, já que ele poderia se tornar mais desproporcional do que o próprio *sursis* processual, caso instaurada a ação penal.

Caberia ao Ministério Público, por homogeneidade, impor apenas a reparação do dano e condições equivalentes à da suspensão condicional do processo. Inclusive, a exigência de confissão seria desconsiderada nos crimes abrangidos pelo art. 89 da Lei n. 9.099/95, já que o efeito prático de ambos os institutos será o mesmo, a extinção da punibilidade, sendo que no *sursis* processual não há exigência de confissão.



#### **4.7 Da sigilosidade da confissão em caso de recusa de homologação do acordo de não persecução penal**

Um detalhe silenciado pelo legislador e que possui total repercussão na esfera defensiva diz respeito aos reflexos processuais decorrentes da recusa de homologação do acordo de não persecução. Isto porque, uma das condições do negócio processual consiste na confissão formal e circunstanciada do investigado.

Pensamos que na hipótese em que o investigado se vê impedido de efetuar o acordo de não persecução penal pela negativa do juiz no tocante à homologação, a confissão por ele apresentada, com o propósito de obter o acordo de não persecução penal, mereça ser analisada com ressalvas.

Por ocasião da fase de proposição, deve a defesa exigir que seja consignado que aquela confissão está condicionada à homologação do acordo de não persecução penal em juízo, sob pena de tornar ineficaz aquela declaração do investigado, devendo ser desconsiderada para efeitos da ação penal, sequer admitindo-se a sua juntada.

Há dois aspectos em jogo. O primeiro deles, de reflexo civil, concerne a forte carga persuasiva da confissão na esfera da responsabilidade civil a ser perseguida pela vítima. Quando confessa para a obtenção da vantagem processual, o investigado é orientado de todas as consequências, inclusive de efeitos cíveis, decorrentes daquele comportamento. Portanto, a frustração do acordo pode municiar a vítima com informações que a coloquem em posição de vantagem em outras esferas jurídicas, o que reforça a premissa de que a confissão apresentada a com a finalidade de negociar seja descartada.

O segundo aspecto, de natureza processual, diz respeito à possibilidade de utilização da confissão apresentada pelo investigado por ocasião do processo penal a ser instaurado, frustrando comportamentos e estratégias processuais que poderiam ser articuladas pela defesa, o que também se apresenta como reforço para a necessidade de descarte da confissão.

Portanto, a confissão apresentada em acordo de não persecução penal que deixa de ser homologado pelo juiz deve ser tornada sem efeito, facultando-se ao investigado, por ocasião da ação penal, ter a liberdade para ficar em silêncio, confessar ou apresentar outra versão sobre o fato.

#### **4.8 Da desclassificação de tipos penais e o acordo de não persecução penal**

A reforma operada pela Lei n. 13.964/2019 não deixou clara a possibilidade de aplicação dos benefícios advindos do acordo de não persecução penal em casos de desclassificação das infrações imputadas, sendo o novo tipo penal adequado aos requisitos previstos no art. 28-A do CPP.

O controle da tipicidade do fato imputado na denúncia raramente ocorre por ocasião do recebimento da exordial, mas tão somente ao final da instrução, quando do exame do mérito da causa, o que dificulta um controle de adequação entre o fato imputado e a possibilidade de aplicação do art. 28-A do CPP.

Pensamos que no caso em que ocorra a desclassificação para um crime que comporte o acordo de não persecução penal deveria o juiz interromper o ato decisório e abrir vista ao Ministério Público para se manifestar sobre a nova capitulação, caso comporte o benefício do acordo de não persecução penal.

Se a desclassificação do delito ocorrer no momento do julgamento do réu pelo Tribunal do Júri, o juiz que presidir o julgamento deve prolatar a sentença de acordo com a decisão dos jurados, desclassificando o delito para infração que comporte o acordo de não persecução. Neste caso, pensamos também que deva ser oportunizada ao Ministério Público a possibilidade de se manifestar sobre a hipótese.

Do ponto de vista prático, a ideia do acordo de não persecução penal é evitar a movimentação da máquina estatal com a instauração do processo penal. Na desclassificação a máquina foi efetivamente movimentada, o que tornaria sem sentido firmar um acordo para uma pretensão que foi efetivamente exercida.

No entanto, não se pode deixar de considerar que o acordo traz uma série de vantagens quando comparado com um decreto condenatório. Então, em casos de desclassificação, o propósito do acordo seria afastar o rigor da aplicação da pena derivada de sentença condenatória e a reincidência, cabendo ao Ministério Público propor negócio, agora de caráter processual, com a aplicação das condições do art. 28-A, incisos I a V do CPP. Teríamos, então, um acordo impróprio de não persecução penal.

Aqui há um aspecto peculiar, já que a impossibilidade de se firmar o acordo ocorreu não por um comportamento negativo do investigado, mas por uma interpretação diversa por parte do Ministério Público em relação ao fato imputado. Dessa forma, não nos parece que o acusado possa ser penalizado por conta da

independência funcional do membro do Ministério Público, sendo necessário compatibilizar os interesses em jogo.

#### **4.9 Da impossibilidade de notificação do investigado para se manifestar sobre o acordo de não persecução penal e a possibilidade e apresentação da proposta por ocasião da citação**

Ainda que o desenho do acordo de não persecução penal pressuponha proposição e discussão por ocasião da fase de investigação, possivelmente teremos casos em que o Ministério Público não logrará notificar o investigado para se manifestar sobre o interesse, o que certamente levará o Parquet a prosseguir com o oferecimento da denúncia.

Realizada a citação, parece-nos plenamente possível que na Resposta o acusado possa provocar o Ministério Público indicando o seu interesse na realização do acordo de não persecução penal.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais o art. 79 da Lei n. 9.099/1995 trata da hipótese em que não é possível realizar a composição civil e a transação penal na fase preliminar do procedimento. De acordo com o dispositivo, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, serão elas realizadas naquele momento processual.

Então, ao abrir a audiência, estando presentes a vítima, seu representante civil, quando for o caso, o representante do Ministério Público, o autor do fato e sua defesa, deve o juiz togado renovar a proposta de conciliação, objetivando a reparação dos danos civis causados à vítima.

Aceita a proposta, lavrará o termo do acordo celebrado, extinguindo-se a punibilidade do acusado se o delito for de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada. Sendo o delito de ação penal pública incondicionada, ou não tendo havido a composição do dano civil, deve dar a palavra ao Ministério Público para renovar a proposta de transação penal.

Poder-se-ia, portanto, interpretar a possibilidade de apresentação da intenção de celebrar o acordo por ocasião da primeira intervenção do acusado no processo penal, dando-lhe a oportunidade de demonstrar o interesse no acordo de não persecução, em virtude de não ter sido encontrado para manifestar sua vontade na

fase investigatória, em analogia ao que prevê o art. 79 da Lei n. 9.099/95.

#### **4.10 Do acordo de não persecução penal em crimes de ação penal privada**

Apesar de o legislador não mencionar a possibilidade de acordos de não persecução penal em crimes de ação penal privada, parece-nos necessário debater a possibilidade de convenção processual entre querelante e querelado.

A grande maioria dos crimes deflagrados por meio de ação penal privada encontram-se inseridos na competência dos Juizados Especiais Criminais, como é o caso dos arts. 138 (calúnia), 139 (difamação), 140 (injúria), 161 (alteração de limites), 164 (introdução ou abandono de animais em propriedade alheia) , 179 (fraude à execução), 184 (violação de direito autoral) e 236 (induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento) e 345 (exercício arbitrário das próprias razões) que não possuem pena máxima cominada superior a dois anos.

Por estarem sujeitos ao procedimento sumaríssimo, onde haverá a incidência dos institutos despenalizadores da composição civil e da transação penal, afasta-se a aplicabilidade do acordo de não persecução penal, na forma do art. 28-A, §2º, I do CPP.

À época da sanção da Lei nº 9.099/95 houve debate sobre o cabimento da transação penal e da suspensão condicional do processo em crimes de ação penal privada, tendo em vista que os arts. 76 e 89 fazem alusão apenas ao Ministério Público propondo os institutos despenalizadores.

O Enunciado nº 90, editado pelo Fórum Nacional dos Juizados Especiais, realizado em março de 2002, orientava no sentido de que na ação penal de iniciativa privada são perfeitamente cabíveis a transação penal e suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante.

Posteriormente, o tema foi revisto, passando-se a se entender que as propostas deveriam ser apresentadas pelo Ministério Público, conforme redação do Enunciado n 112:

ENUNCIADO Nº 90 – “Na ação de iniciativa privada cabe a transação penal e suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante.” Ocorre que no XXVII do FONAJE, realizado em Palmas/TO, em maio de 2010, o Enunciado nº 90 foi substituído pelo de nº 112, para continuar admitindo a transação penal e a suspensão condicional nas ações penais privadas; mas, agora, mediante proposta do Ministério Público, e não mais por iniciativa do querelante, como era antes, até porque, na prática, o autor da ação penal

privada resistia sempre em fazer proposta de transação penal e de suspensão condicional do processo, pois o objetivo perseguido na ação penal privada era a condenação do querelado, o que obrigava o Ministério Público, na condição de custos legis, fazer a proposta quando havia resistência do querelante. Veja o novo Enunciado:

ENUNCIADO Nº 112 – “Na ação penal de iniciativa privada, cabem a transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público.”

Pensamos que o mesmo debate ressurgirá. O crime do art. 163, IV (dano qualificado) tem pena mínima de 1 (um) ano e pena máxima de 3 (três) anos, afastando-se, portanto, a competência do Juizado Especial Criminal e a possibilidade de transação penal.

Nesse caso, haveria, uma única infração penal que se enquadraria nos pressupostos para o acordo de não persecução penal, visto que não cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa<sup>53</sup>, mas por motivo egoístico ou com prejuízo considerável à vítima.

Se adotarmos o mesmo raciocínio utilizado para a transação penal ou *sursis* processual, onde prevaleceu a legitimidade do Ministério Público para ofertar os institutos despenalizadores, teríamos aqui hipótese em que o acordo de não persecução penal firmado entre Ministério Público e querelado teria o condão de obstar o exercício da ação penal pelo querelante.

## 5 CONCLUSÃO

Há um grande avanço com a disciplina do acordo de não persecução, em especial, sob a ótica da desjudicialização. Um exercício adequado do novo instituto certamente contribuirá para uma diminuição das ações penais e da atividade jurisdicional em matéria penal.

É necessário, no entanto, que a defesa tenha muita atenção na condução dos acordos de não persecução, principalmente do ponto de vista da sua vantajosidade, evitando confissões e aplicações de penas restritivas de direito de modo indevido.

Para isso, torna-se imprescindível que se discuta a investigação criminal direta pela defesa como forma de qualificar o debate entre Ministério Público, defesa técnica e investigado por ocasião da fixação dos termos do acordo de não persecução.

---

<sup>53</sup> Nesse sentido, o Enunciado n. 23 do Ministério Público de São Paulo: “*É cabível acordo de não persecução penal em infrações cometidas com violência contra a coisa, devendo-se interpretar a restrição do caput do art. 28-A do CPP como relativa a infrações penais praticadas com grave ameaça ou violência contra a pessoa (lex minus dixit quam voluit)*”.

## 6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual*. Salvador: Juspodivm, 2019

ANGIOLINI, Giulia. I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale tra legalità costituzionale ed esigenze di effettività. Tese (Doutorado in Diritto Pubblico, giustizia penale e internazionale). Università degli studi di Pavia, Pavia, P. 408. 2018.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: Uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Vol. 26. P. 197-210. Acesso em 05 de fev 2016. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista26.asp>

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Coleção repercussões: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. n. 03. 2012. Acesso em [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com).

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CLINE, Richard. *Defense investigation and discovery criminal cases*. Minnesota: Aspatore. 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. Caso Natsvlshvili e Togonidze vs. Geórgia. 2014. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-142672"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{); acesso em 22 nov. 2018).

DIDIER JR., Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual

civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Coleção repercussões: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.  
\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 79. Vol. I.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DSJ Ed., 2005. p. 303-318.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. I, dezembro de 2007.

GRILLI, Luigi. *I procedimenti speciali: i riti alternativi nel giudizio penale*. Milano: CEDAM, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ILLUMINATI, Giulio. modelo processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, vol. 4, n. 2, p. 533-557, mai./ago. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1988.

KETTERMANN, Patricia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal* / Vol. 45. N. 1, 2004.

LANGEVIN, Julián Horacio. *Sin defensa no hay juicio*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editores, 2013.

LEE, Cynthia; RICHARDSON, L. Song; LAWSON, Tamara. *Criminal procedure: cases and materials*. Minnesota: West Academic, 2016.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SCHEB II, John M; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Caso Missouri vs. Frye. 2012. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/134/> acesso em 22 nov. 2018.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pp. 117.Vol. I.

VITIELLO, Michael. Bargained-for-justice: Lessons from the Italians. *The University of the Pacific Law Review*. Vol. 48. 2017.



# OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO E O COMPORTAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

## *NON-PERSECUTION AGREEMENTS AND THE BEHAVIOR OF PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN LEGAL ASSISTANCE*

Franklyn Roger Alves Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo examina a reforma do Código de Processo Penal no tocante à disciplina dos acordos de não persecução penal, a partir de suas especificidades e como a Defensoria Pública deve prestar assistência jurídica em favor dos imputados, lhes assegurando um acordo que apresente vantajosidade em detrimento da instauração do processo penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal. Negócios Processuais. Acordo de não persecução penal. Defesa Técnica. Defensoria Pública.

### ABSTRACT

This article examines the reform of the Criminal Procedure Code with regard to the discipline of non-prosecution agreements, based on their specificities and how the Public Defender's Office should provide legal assistance in favor of the accused, ensuring an agreement that presents advantages to the detriment criminal proceedings.

**KEYWORDS:** Criminal proceedings. Procedural Business. Non-prosecution agreement. Thecnical Defense. Public defender's office.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Instrumentos negociais no ordenamento processual penal brasileiro. 3 O acordo de não persecução e experiências comparadas. 3.1 O acordo conforme a normativa do CNMP. 3.2 O acordo conforme a disciplina do CPP. 3.2.1 Da avaliação da impertinência do acordo de não persecução penal. 3.2.2. Da formalização e consequências do acordo de não persecução penal. 3.2.3 Da homologação do acordo de não persecução penal. 3.2.4 Da ciência da vítima quanto ao acordo de não persecução penal. 3.2.5 Do descumprimento do acordo de não persecução penal e a necessidade do contraditório. 3.2.6 Impedimento do prazo prescricional. 4 Parâmetros de observância pela defesa técnica. 4.1 A presença da defesa técnica em todas as fases do acordo de persecução (proposição, discussão, homologação e cumprimento). 4.2 A utilização do inquérito defensivo como forma de orientar a atividade persecutória na avaliação da pertinência do acordo de não persecução. 4.3 A divergência entre autodefesa e defesa técnica no tocante à aceitação do acordo de não persecução. 4.4 A recorribilidade e impugnação do acordo de não persecução. 4.5 As regras de direito intertemporal. 4.6 A vantajosidade da suspensão condicional do processo em detrimento do acordo de não persecução penal. 4.7 Da sigilosidade da confissão em caso de recusa de

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.